PABLO TALAVERA ELGUERA

JURISPRUDENCIA VINCULANTE

PENAL, PROCESAL PENAL Y DE EJECUCIÓN PENAL

INSTITUTO PACÍFICO

Pablo Talavera Elguera

JURISPRUDENCIA VINCULANTE

PENAL, PROCESAL PENAL Y DE EJECUCIÓN PENAL

TOMO II

CASACIONES Y RECURSOS DE NULIDAD

—Precedentes Vinculantes—

—Doctrina Jurisprudencial—

—Jurisprudencias Relevantes—

Sumilla - Concordancia - Glosa

INSTITUTO PACÍFICO

INSTITUTO
PACÍFICO

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

Autor:
© PABLO TALAVERA ELGUERA, 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 : 978-612-4328-47-3

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.° : 2016-14341

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 27

PRIMERA PARTE
DERECHO PENAL-PARTE GENERAL

SECCIÓN PRIMERA
El hecho punible

I.
EXIMENTES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

1. Recurso de Nulidad N.º 2649-2012-Lima: El miedo insuperable como límite de responsabilidad penal: Aplicación en un proceso por el delito de terrorismo 37

II.
AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

1. Recurso de Nulidad N.º 1318-2011-Ayacucho: La accesoriedad de la participación. 43

SECCIÓN SEGUNDA
Las penas

I.
CLASES DE PENA

1. Recurso de Nulidad N.° 3544-2011-Ayacucho: Inhabilitación accesoria para conducir vehículo en el delito de tráfico ilícito de drogas agravado por la cantidad de drogas 49

II.
APLICACIÓN DE LA PENA

1. Recurso de Nulidad N.º 2116-2014-Lima: Concurso real retrospectivo. 65
2. Recurso de Nulidad N.º 3864-2013-Junín: Determinación judicial de penas principales conjuntas.. 73
3. Recurso de Nulidad N.° 4052-2004-Ayacucho: Refundición de penas en el concurso real retrospectivo y el beneficio penitenciario. 82

III.
LAS CONVERSIONES

1. Casación N.º 382-2012-La Libertad: La conversión de la pena y sus condiciones.. 86

IV.
SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

1. Recurso de Nulidad N.° 2476-2005-Lambayeque: Efectos de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad respecto a la reparación civil. 107

V.
RESERVA DEL FALLO CONDENATORIO

1. Recurso de Nulidad N.° 3332-2004-Junín: Presupuestos para la aplicación de la reserva del fallo condenatorio 113

SECCIÓN TERCERA
Las medidas de seguridad

1. Recurso de Nulidad N.º 104-2005-Ayacucho: Criterios para la aplicación de la medida de seguridad de internación 121
2. Recurso de Nulidad N.º 3608-2014-Piura: Criterios para determinar el límite máximo de la medida de seguridad. 127

SECCIÓN CUARTA
Extinción de la acción penal y de la pena

1. Recurso de Nulidad N.° 2860-2006-Ancash: Determinación de pena máxima abstracta y concreta para efectos de establecer la prescripción.. 135

SECCIÓN QUINTA
La reparación civil

1. Recurso de Nulidad N.° 216-2005-Huánuco: Criterios para fijar el monto de la reparación civil en sentencias sucesivas de un evento criminal 141

SEGUNDA PARTE
DERECHO PENAL-PARTE ESPECIAL

SECCIÓN PRIMERA
Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud

I.
LESIONES

1. Recurso de Nulidad N.º 1865-2015-Huancavelica: Delito de lesiones por violencia familiar 149

SECCIÓN SEGUNDA
Delitos contra la libertad

I.
VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL

1. Recurso de Nulidad N.º 2349-2014-Madre de Dios: Para la configuración del delito de trata de personas, la explotación sexual o laboral debe ser la razón inicial y principal para captar o trasladar al agraviado 157

II.
VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES

1. Recurso de Nulidad N.º 3166-2012-Ayacucho: Definición de violencia y amenaza grave en los delitos de violación sexual.. 161
2. Casación N.º 41-2012-Moquegua: El bien jurídico en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales... 175
3. Casación N.º 49-2011-La Libertad: El bien jurídico en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales... 188
4. Casación N.º 335-2015-Del Santa: Criterios para aplicar la pena en caso de violación sexual de menor de edad 199
5. Recurso de Nulidad N.° 1628-2004-Ica: Naturaleza y características del "engaño" en el delito de seducción.. 226

SECCIÓN TERCERA
Delitos contra el patrimonio

I.
EL DELITO DE ROBO

1. Recurso de Nulidad N.º 3932-2004-Amazonas: Criterios para diferenciar el asesinato por conexión con el delito del robo con muerte subsecuente o concurrente 231

II.
LA APROPIACIÓN ILÍCITA

1. Casación N.º 301-2011-Lambayeque: Criterios de subsunción de la conducta en el delito de apropiación ilícita... 236

III.
EL DELITO DE USURPACIÓN

1. Casación N.º 56-2014-Ayacucho: La violencia en el delito de usurpación por turbación se ejerce tanto sobre personas como sobre las cosas 246
2. Casación N.º 259-2013-Tumbes: El ejercicio de la violencia sobre las personas como sobre los bienes en el delito de usurpación... 255
3. Casación N.º 273-2012-Ica: El ejercicio de la violencia contra personas como contra objetos... 265

SECCIÓN CUARTA
Delitos contra la seguridad pública

I.
TENENCIA ILEGAL DE ARMAS

1. Casación N.º 211-2014-Ica: Delito de tenencia ilegal de armas: distinción entre una tenencia ilegal y una posesión irregular. 274

II.
TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

1. Casación N.º 738-2014-Cajamarca: El profesional sanitario como sujeto activo del delito de tráfico ilícito de drogas. 298
2. Casación N.º 126-2012-Cajamarca: Tráfico ilícito de drogas: La circunstancia agravante de la condición de educador 310
3. Recurso de Nulidad N.º 352-2005-Callao: Criterios para la adecuación de penas en el delito de tráfico ilícito de drogas.. 331

SECCIÓN QUINTA
Delitos contra el medio ambiente

I.
DELITO DE CONTAMINACIÓN

1. Casación N.º 383-2012-La Libertad: Naturaleza jurídica del delito contra el medio ambiente. 337

SECCIÓN SEXTA
Delitos contra la voluntad popular

I.
DELITOS CONTRA EL DERECHO DE SUFRAGIO

1. Casación N.º 348-2015-Huánuco: La falta de contenido típico en el delito de inducción al voto 351

SECCIÓN SÉTIMA
Delitos contra la administración pública

I.
DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. Recurso de Nulidad N.º 2925-2010-Lima: Características fundamentales del delito de colusión 361
2. Recurso de Nulidad N.º 615-2015-Lima: El sujeto activo en el delito de peculado.. 370
3. Recurso de Nulidad N.º 2212-2004-Lambayeque: Diferencia entre delitos de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad y peculado por extensión. 399
4. Recurso de Nulidad N.º 4500-2005-Junín: La estructura típica del delito de peculado culposo 404
5. Recurso de Nulidad N.º 1875-2015-Junín: El delito de cohecho pasivo propio: Elementos configurativos y su probanza 408

6. Casación N.º 782-2015-Del Santa: La naturaleza y el objeto del delito de enriquecimiento ilícito. 413

II.
DISPOSICIONES COMUNES

1. Casación N.º 634-2015-Lima: El alcance de las normas internacionales en el derecho interno 424

SECCIÓN OCTAVA
Normas especiales

1. Recurso de Nulidad N.° 3048-2004-Lima: Interpretación del delito de terrorismo 435

TERCERA PARTE
DERECHO PROCESAL PENAL

SECCIÓN PRIMERA
Disposiciones generales

I.
LA ACCIÓN PENAL

1. Casación N.º 437-2012-San Martín: Criterios para la postulación del sobreseimiento a partir del acuerdo reparatorio... 447
2. Recurso de Nulidad N.° 4003-2013-Lima: Excepción de naturaleza de juicio y adecuación del tránsito del proceso 460
3. Casación N.º 407-2015-Tacna: Excepción de improcedencia de acción y la valoración de los actos de aportación de hechos 465

II.
EL IMPUTADO Y EL AGRAVIADO

1. Recurso de Nulidad N.° 1768-2006-Loreto: El derecho de defensa del reo ausente 471

2. Casación N.º 136-2013-Tacna: Los derechos protegidos a través de la tutela de derechos y los efectos de la no confirmatoria de la incautación 475
3. Casación N.º 353-2011-Arequipa: La facultad del agraviado para impugnar el auto de sobreseimiento, y la carga de la prueba 484

SECCIÓN SEGUNDA
La actividad procesal

CAPÍTULO I
Preceptos Generales

I.
LAS ACTUACIONES PROCESALES

1. Casación N.º 159-2011-Huaura: La obligación de los jueces a transcribir en el acto las resoluciones judiciales expedidas en audiencia.. 495

II.
LOS PLAZOS

1. Casación N.º 54-2009-La Libertad: Alcances normativos para la aplicación de caducidad del plazo para formular acusación... 506

CAPÍTULO II
La prueba

I.
PRECEPTOS GENERALES

1. Recurso de Nulidad N.º 407-2015-Cusco: Reglas para la valoración de la declaración de un coimputado sobre un hecho de otro coimputado.. 517
2. Casación N.º 292-2014-Ancash: Valoración de la prueba de ADN que guarda relación directa con el hecho principal 521

3. Casación N.º 628-2015-Lima: Importancia de la motivación de sentencia basada en la prueba indiciara. 534

II.
LA BÚSQUEDA DE PRUEBA Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS

1. Casación N.º 63-2011-Huaura: La inaplicabilidad del procedimiento de cadena de custodia en los delitos de acción privada.. 549

CAPÍTULO III
Las medidas de coerción procesal

I.
LA PRISIÓN PREVENTIVA

1. Casación N.º 626-2013-Moquegua: La prisión preventiva 565
2. Casación N.º 147-2016-Lima: Naturaleza de la medida coercitiva de la prisión preventiva. 594
3. Casación N.º 328-2012-Ica: Delimitación del órgano jurisdiccional competente para la prolongación de la prisión preventiva. 610
4. Recurso de Nulidad N.° 4216-2009-Lima: Requisitos concurrentes para dictar mandato de detención: vigencia de la Ley N.º 29499 626

II.
LA INCAUTACIÓN

1. Casación N.º 45-2012-Cusco: Delimitación a los alcances de la figura de incautación de bienes... 636
2. Casación N.º 113-2013-Arequipa: Imposibilidad de devolver el bien incautado cuando este es intrínsecamente delictivo... 646

SECCIÓN TERCERA
El proceso común

CAPÍTULO I
La investigación preparatoria

I.
LA DENUNCIA Y LOS ACTOS INICIALES DE LA INVESTIGACIÓN

1. Recurso de Nulidad N.° 956-2011-Ucayali: Principio de imputación necesaria... 661

II.
CONCLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

1. Casación N.° 309-2015-Lima: La aplicación del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal respecto a los plazos de investigación preparatoria. 686

CAPÍTULO II
La etapa intermedia

I.
EL SOBRESEIMIENTO

1. Casación N.° 139-2011-Cusco: La no continuación de medidas coercitivas reales cuando la investigación preparatoria ha sido sobreseída. 713

CAPÍTULO III
El juzgamiento

I.
EL DESARROLLO DEL JUICIO

1. Recurso de Nulidad N.° 2206-2005-Ayacucho: La conclusión anticipada del debate oral. 721

2. Recurso de Nulidad N.° 4040-2011-Lima: La lectura de la sentencia solo constituye un acto formal de comunicación de la decisión 724

SECCIÓN CUARTA
La impugnación

CAPÍTULO I
Preceptos Generales

1. Casación N.° 300-2014-Lima: Alcances interpretativos de la norma que regula la competencia del Tribunal Revisor y la capacidad nulificante 733

CAPITULO II
Los recursos

1. Recurso de Nulidad N.° 302-2012-Huancavelica: El plazo de fundamentación del recurso de nulidad corre desde el día siguiente de su interposición 749
2. Recurso de Nulidad N.° 1004-2005-Huancavelica: Plazo para fundamentación del recurso a partir de la notificación del requerimiento 761
3. Recurso de Nulidad N.° 1062-2004-Lima: Plazo para fundamentación del recurso a partir de la notificación del requerimiento 768

CAPÍTULO III
El recurso de apelación

1. Casación N.° 183-2011-Huaura: Alcances y precisiones respecto de la convocatoria y asistencia del imputado a la audiencia de apelación 779

CAPÍTULO IV
El recurso de casación

1. Casación N.° 389-2014-San Martín: La Casación de oficio.. 793

SECCIÓN QUINTA
La ejecución y las costas

I.
LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

1. Casación N.º 189-2011-Huaura: Criterios para la aplicación de la libertad anticipada 809
2. Casación N.º 251-2012-La Libertad: Criterios de interpretación de la figura de libertad anticipada.. 842

CUARTA PARTE
DERECHO PENITENCIARIO

- Exp. N.° 2496-2005-PHC/TC: La progresividad, las visitas, y la educación en el ámbito penitenciario 859

ÍNDICE CRONOLÓGICO

CASACIONES

2009

1. Casación N.º 54-2009-La Libertad: Alcances normativos para la aplicación de caducidad del plazo para formular acusación... 506

2011

1. Casación N.º 49-2011-La Libertad: El bien jurídico en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales... 188
2. Casación N.º 63-2011-Huaura: La inaplicabilidad del procedimiento de cadena de custodia en los delitos de acción privada.. 549
3. Casación N.º 139-2011-Cusco: La no continuación de medidas coercitivas reales cuando la investigación preparatoria ha sido sobreseída. 713
4. Casación N.º 159-2011-Huaura: La obligación de los jueces a transcribir en el acto las resoluciones judiciales expedidas en audiencia.. 495
5. Casación N.º 183-2011-Huaura: Alcances y precisiones respecto de la convocatoria y asistencia del imputado a la audiencia de apelación 779
6. Casación N.º 189-2011-Huaura: Criterios para la aplicación de la libertad anticipada 809

7. Casación N.º 301-2011-Lambayeque: Criterios de subsunción de la conducta en el delito de apropiación ilícita... 236
8. Casación N.º 353-2011-Arequipa: La facultad del agraviado para impugnar el auto de sobreseimiento, y la carga de la prueba 484

2012

1. Casación N.º 41-2012-Moquegua: El bien jurídico en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales... 175
2. Casación N.º 45-2012-Cusco: Delimitación a los alcances de la figura de incautación de bienes... 636
3. Casación N.º 126-2012-Cajamarca: Tráfico ilícito de drogas: La circunstancia agravante de la condición de educador 310
4. Casación N.º 251-2012-La Libertad: Criterios de interpretación de la figura de libertad anticipada.. 842
5. Casación N.º 273-2012-Ica: El ejercicio de la violencia contra personas como contra objetos... 265
6. Casación N.º 328-2012-Ica: Delimitación del órgano jurisdiccional competente para la prolongación de la prisión preventiva. 610
7. Casación N.º 382-2012-La Libertad: La conversión de la pena y sus condiciones.. 86
8. Casación N.º 383-2012-La Libertad: Naturaleza jurídica del delito contra el medio ambiente. 337
9. Casación N.º 437-2012-San Martín: Criterios para la postulación del sobreseimiento a partir del acuerdo reparatorio... 447

2013

1. Casación N.º 113-2013-Arequipa: Imposibilidad de devolver el bien incautado cuando este es intrínsecamente delictivo... 646
2. Casación N.º 136-2013-Tacna: Los derechos protegidos a través de la tutela de derechos y los efectos de la no confirmatoria de la incautación 475

3. Casación N.º 259-2013-Tumbes: El ejercicio de la violencia sobre las personas como sobre los bienes en el delito de usurpación 255
4. Casación N.º 626-2013-Moquegua: La prisión preventiva 565

2014

1. Casación N.º 56-2014-Ayacucho: La violencia en el delito de usurpación por turbación se ejerce tanto sobre personas como sobre las cosas 246
2. Casación N.º 211-2014-Ica: Delito de tenencia ilegal de armas: distinción entre una tenencia ilegal y una posesión irregular. 274
3. Casación N.º 292-2014-Ancash: Valoración de la prueba de ADN que guarda relación directa con el hecho principal 521
4. Casación N.º 300-2014-Lima: Alcances interpretativos de la norma que regula la competencia del Tribunal Revisor y la capacidad nulificante 733
5. Casación N.º 389-2014-San Martín: La Casación de oficio.. 793
6. Casación N.º 738-2014-Cajamarca: El profesional sanitario como sujeto activo del delito de tráfico ilícito de drogas. 298

2015

1. Casación N.º 309-2015-Lima: La aplicación del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal respecto a los plazos de investigación preparatoria. 686
2. Casación N.º 335-2015-Del Santa: Criterios para aplicar la pena en caso de violación sexual de menor de edad 199
3. Casación N.º 348-2015-Huánuco: La falta de contenido típico en el delito de inducción al voto... 351
4. Casación N.º 407-2015-Tacna: Excepción de improcedencia de acción y la valoración de los actos de aportación de hechos 465
5. Casación N.º 628-2015-Lima: Importancia de la motivación de sentencia basada en la prueba indiciara. 534

6. Casación N.º 634-2015-Lima: El alcance de las normas internacionales en el derecho interno 424
7. Casación N.º 782-2015-Del Santa: La naturaleza y el objeto del delito de enriquecimiento ilícito. 413

2016

1. Casación N.º 147-2016-Lima: Naturaleza de la medida coercitiva de la prisión preventiva. 594

RECURSOS DE NULIDAD

2004

1. Recurso de Nulidad N.° 1062-2004-Lima: Plazo para fundamentación del recurso a partir de la notificación del requerimiento 768
2. Recurso de Nulidad N.° 1628-2004-Ica: Naturaleza y características del "engaño" en el delito de seducción.. 226
3. Recurso de Nulidad N.° 2212-2004-Lambayeque: Diferencia entre delitos de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad y peculado por extensión. 399
4. Recurso de Nulidad N.° 3048-2004-Lima: Interpretación del delito de terrorismo 435
5. Recurso de Nulidad N.° 3332-2004-Junín: Presupuestos para la aplicación de la reserva del fallo condenatorio 113
6. Recurso de Nulidad N.º 3932-2004-Amazonas: Criterios para diferenciar el asesinato por conexión con el delito del robo con muerte subsecuente o concurrente 231
7. Recurso de Nulidad N.° 4052-2004-Ayacucho: Refundición de penas en el concurso real retrospectivo y el beneficio penitenciario. 82

2005

1. Recurso de Nulidad N.º 104-2005-Ayacucho: Criterios para la aplicación de la medida de seguridad de internación 121
2. Recurso de Nulidad N.° 216-2005-Huánuco: Criterios para fijar el monto de la reparación civil en sentencias sucesivas de un evento criminal 141
3. Recurso de Nulidad N.º 352-2005-Callao: Criterios para la adecuación de penas en el delito de tráfico ilícito de drogas.. 331
4. Recurso de Nulidad N.° 1004-2005-Huancavelica: Plazo para fundamentación del recurso a partir de la notificación del requerimiento 761
5. Recurso de Nulidad N.° 2206-2005-Ayacucho: La conclusión anticipada del debate oral. 721
6. Recurso de Nulidad N.° 2476-2005-Lambayeque: Efectos de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad respecto a la reparación civil. 107
7. Recurso de Nulidad N.º 4500-2005-Junín: La estructura típica del delito de peculado culposo 404

2006

1. Recurso de Nulidad N.° 1768-2006-Loreto: El derecho de defensa del reo ausente 471
2. Recurso de Nulidad N.° 2860-2006-Ancash: Determinación de pena máxima abstracta y concreta para efectos de establecer la prescripción.. 135

2009

1. Recurso de Nulidad N.° 4216-2009-Lima: Requisitos concurrentes para dictar mandato de detención: vigencia de la Ley N.º 29499 626

2010

1. Recurso de Nulidad N.º 2925-2010-Lima: Características fundamentales del delito de colusión 361

2011

1. Recurso de Nulidad N.° 956-2011-Ucayali: Principio de imputación necesaria... 661
2. Recurso de Nulidad N.º 1318-2011-Ayacucho: La accesoriedad de la participación. 43
3. Recurso de Nulidad N.° 3544-2011-Ayacucho: Inhabilitación accesoria para conducir vehículo en el delito de tráfico ilícito de drogas agravado por la cantidad de drogas 49
4. Recurso de Nulidad N.° 4040-2011-Lima: La lectura de la sentencia solo constituye un acto formal de comunicación de la decisión 724

2012

1. Recurso de Nulidad N.° 302-2012-Huancavelica: El plazo de fundamentación del recurso de nulidad corre desde el día siguiente de su interposición 749
2. Recurso de Nulidad N.º 2649-2012-Lima: El miedo insuperable como límite de responsabilidad penal: Aplicación en un proceso por el delito de terrorismo 37
3. Recurso de Nulidad N.º 3166-2012-Ayacucho: Definición de violencia y amenaza grave en los delitos de violación sexual.. 161

2013

1. Recurso de Nulidad N.º 3864-2013-Junín: Determinación judicial de penas principales conjuntas.. 73
2. Recurso de Nulidad N.° 4003-2013-Lima: Excepción de naturaleza de juicio y adecuación del tránsito del proceso 460

2014

1. Recurso de Nulidad N.º 2116-2014-Lima: Concurso real retrospectivo. 65
2. Recurso de Nulidad N.º 2349-2014-Madre de Dios: Para la configuración del delito de trata de personas, la explotación sexual o laboral debe ser la razón inicial y principal para captar o trasladar al agraviado 157
3. Recurso de Nulidad N.º 3608-2014-Piura: Criterios para determinar el límite máximo de la medida de seguridad. 127

2015

1. Recurso de Nulidad N.º 407-2015-Cusco: Reglas para la valoración de la declaración de un coimputado sobre un hecho de otro coimputado.. 517
2. Recurso de Nulidad N.º 615-2015-Lima: El sujeto activo en el delito de peculado.. 370
3. Recurso de Nulidad N.º 1865-2015-Huancavelica: Delito de lesiones por violencia familiar 149
4. Recurso de Nulidad N.º 1875-2015-Junín: El delito de cohecho pasivo propio: Elementos configurativos y su probanza... 408

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2005

- Exp. N.° 2496-2005-PHC/TC: La progresividad, las visitas, y la educación en el ámbito penitenciario 859

Estudio Preliminar

I

En nuestro país, la labor jurisprudencial de las Salas Penales de la Corte Suprema se ha desarrollado de manera intensa tanto en el ámbito del derecho penal como del procesal, sobre todo en los últimos años. El conocimiento del catálogo de cuestiones sobre los que se ha pronunciado la Corte Suprema es de suma importancia para todos los operadores de derecho, pues en ella pueden encontrar los criterios e interpretaciones actualizadas de determinadas instituciones penales para la correcta administración de justicia; por tanto, es pertinente contribuir con su difusión y análisis disertado.

La ingente labor jurisdiccional en el ámbito procesal penal ha sido impulsada, entre otros factores, por: 1) La vigencia progresiva del Código Procesal Penal de 2004 en la mayoría de Distritos Judiciales del Perú; 2) La vigencia en todo el país del Código Procesal Penal en los delitos contra la corrupción y contra la criminalidad organizada; 3) La vigencia parcial en todo el país de varias disposiciones del Código Procesal Penal relativas a las medidas de coerción personal y otras; y 4) La necesidad de adecuar las disposiciones del Código de Procedimientos Penales de 1940, aún vigente en los distritos judiciales de Lima, Lima Sur, Lima Norte, Lima Este y el Callao y en los procesos sujetos a liquidación, a los estándares internacionales sobre derechos humanos, a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional, a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a los nuevos principios procesales, producto de la evolución de la ciencia jurídica, la ciencia en general y de la sociedad misma.

II

El desarrollo y producción de la jurisprudencia peruana en la materia no solo se ha visto influenciada por la puesta en vigencia de un nuevo Código Procesal Penal y la adecuación a principios constitucionales y estándares internacionales del Código de Procedimientos Penales, sino por la internalización del paradigma de la motivación de las resoluciones judiciales, esto es, la exigencia de justificar con razones las decisiones en materia penal. El control constitucional a través de los procesos constitucionales de amparo y habeas corpus ha contribuido de manera decisiva en el cumplimiento de la garantía de motivación.

Los cambios legislativos y la incorporación del precedente vinculante o con efectos normativos tanto en materia constitucional como en materia penal también es un factor que ha determinado una mayor calidad en la elaboración de la jurisprudencia de las Salas Penales de la Corte Suprema y a la vez revitalizado la misión de tan alta corte de justicia, que no es otra que la de uniformidad en la aplicación de la ley.

En efecto, que duda cabe que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha debido seguir la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional en sus sentencias normativas, precedentes vinculantes o con efectos normativos, y en las sentencias donde se sientan principios constitucionales o se interpretan las normas legales conforme a la Constitución. Han sido relavantes los precedentes vinculados al plazo razonable de los procesos y de la detención, los alcances del principio *ne bis in idem*, el derecho a la prueba, el principio acusatorio, el derecho de defensa, los derechos del detenido, entre otros.

También corresponde destacar la incorporación del precedente vinculante en materia penal en el artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales, confome al cual las sentencias de las salas penales de la Corte Suprema constituyen precedente vinculante cuando así lo expresen las mismas, precisando el extremo de su efecto normativo. Así como se incorporaron en la misma disposición dos figuras importantes, el *overruling* en materia penal, al señalar que "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. La otra figura es la convocatoria a un Pleno de las Salas Penales de la Corte Suprema cuando se advierten que entre ellas o sus integrantes se sostienen criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma, el acuerdo que adopten por mayoría absoluta se motivará en una sentencia denominada "Plenaria".

La misma lógica se ha seguido en el Código Procesal Penal, instaurándose la doctrina jurisprudencial vinculante en materia de casación. Así, el artículo 433.3 señala que la Sala de oficio o a pedido del Ministerio Público podrá decidir, atendiendo a la naturaleza del asunto objeto de decisión, que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial vinculante a los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la propia Corte Suprema (precedente vertical), la cual permanecerá hasta que otra decisión expresa lo modifique. En caso de discrepancia entre salas de la Corte Suprema o cuando una de ellas se integre con otros jueces supremos, se convocará inmediatamente a Pleno Casatorio.

A todo ello ha contribuido el activismo judicial de los integrantes de las salas penales de la Corte Suprema, que no solo a través de la jurisprudencia (elaborada sobre casos concretos) se ha desarrollado, sino también con los llamados Acuerdos Plenarios, en los que reunidos en Pleno los integrantes de la Corte Suprema en la especialidad penal fijan criterios interpretativos y de aplicación de las diversas

normas en materia penal, procesal penal y penitenciaria, que han resultado muy útiles para los operadores de justicia, una guía, una orientación en el momento de aplicar el derecho a los casos sometidos a su conocimiento o para invocar derechos o garantías.

La correcta aplicación de la regulación sobre los precedentes en materia penal y una adecuada aplicación de las técnicas del precedente y de la argumentación jurídica, tienen como impacto la producción de una jurisprudencia que no solo vincula a los demás órdenes jurisdiccionales en la materia, sino que en verdad contribuye a una mejor interpretación y aplicación del derecho, generando con ello una predictibilidad de la justicia y la vigencia del principio de igual en el tratamiento de los casos por el Poder Judicial.

III

Como apunta Taruffo, la modalidad con la que se realiza la función de creación y evolución del derecho de parte de las cortes supremas se basa ciertamente sobre la eficacia de precedente que recae sobre sus decisiones; asignándoles un valor que va más allá de la solución dada a la controversia individual y proyecta hacia el futuro lo que la Corte afirma[1].

Pero la eficacia de precedente de una decisión de nuestra Corte Suprema e incluso del propio Tribunal Constitucional, no solo se produce cuando la ley determina el efecto normativo o vinculante de la decisión, sino también cuando sin tener esa calificación legal tiene la fuerza de precedente, es decir, cuando está en la capacidad de determinar efectivamente la decisión de casos sucesivos. Por el contrario, el precedente puede desde el punto de vista legal tener la condición de tal, pero su fuerza es débil, lo que ocurre cuando los jueces no le reconocen un grado relevante de influencia y por tanto no lo aplican o lo aplican parcialmente o con modificaciones o matizaciones.

Para que el precedente vinculante conserve su fuerza y para que la jurisprudencia alcance la fuerza de precedente, es necesario que en todas sus sentencias la Corte Suprema describa claramente los hechos del caso, única forma que los operadores pueden percibir la analogía entre los hechos del caso que se debe decidir y los hechos del caso ya decidido, toda vez que solo bajo esa condición se puede aplicar la regla por la cual la misma *ratio decidendi* debe aplicarse a supuestos de hecho idéntidos o al menos similares[2]. Y, en caso contrario, se puede invocar el *disthingüising*, esto es, que no es aplicable la regla por tratarse los hechos del caso distintos a los del caso ya decidido.

---

1 TARUFFO, Michele, "Las funciones de las Cortes Supremas. Aspectos generales", en *La misión de los tribunales supremos,* Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 243.

2 *Ibíd.*, p. 244.

Otro aspecto que debe tenerse en cuenta al elaborar la jurisprudencia es la fijación de la *ratio decidendi*, de manera clara y precisa, no se puede emplear la técnica de remisión a varios fundamentos o párrafos sin determinar cuál es la regla que se debe aplicar en el futuro. La imprecisión puede llevar a los operadores a una necesidad de interpretar el precedente o la jurisprudencia, colocándose en el riesgo de darle un sentido distinto a la *ratio decidendi* o que frente a la dificultad disminuya la fuerza del precedente.

Un tercer aspecto, se relaciona con la falta de técnica para el manejo de la jurisprudencia de la propia Corte Suprema, no solo de los casos anteriores ya resueltos, sino los resueltos por otras salas, e incluso los resueltos por el Tribunal Constitucional. De un lado, al citar la jurisprudencia anterior permitirá apreciar si hay una evolución en la materia concreta o solo una matización vinculada al caso concreto, de otro lado, el manejo y la cita de jurisprudencia de otra sala penal permitirá determinar la coherencia en la argumentación y evitar gruesas contradicciones sin explicación razonable. Por último, ya se ha visto que la Corte Suprema llego a fijar un plazo desde la notificación de la resolución que admitía el recurso, cuando se trataba de fundamentar el mismo, mientras que el Tribunal Constitucional establecía que el plazo se contaba desde que se notifica la resolución a recurrir. Felizmente, una sentencia plenaria acabó con esa contradicción.

Un último aspecto que se debe tocar, está vinculado a lo que Taruffo denomina la circulación del derecho extranjero. Para este autor, se trata de una tendencia que se conoce bajo el nombre de *judicial globalization*, que consiste en la referencia que jueces nacionales, en particular, las cortes supremas, hacen a la jurisprudencia de otras cortes supremas o de cortes supranacionales[3]. Sin duda, no se trata de precedentes en sentido propio, empero, la fuerza de los argumentos, especialmente cuando fijan o desarrollan principios, son de suma utilidad a manera de ejemplos, tienen una fuerza persuasiva en la justificación de la decisión, siempre que se conozca la autoridad y prestigio de las cortes que las han pronunciado. Sin embargo, en algunas oportunidades el empleo que se hace de la jurisprudencia extranjera no ha sido la más feliz, de un lado, no se recurre al texto completo de la sentencia sino a las sumillas de compendios de jurisprudencia o a citas de la jurisprudencia en libros, lo que genera poca confiabilidad de la fuerza de la jurisprudencia de un tribunal extranjero. Por otro lado, se cita o emplea una jurisprudencia que en el país de origen no es la dominante o existen otras decisiones que la contradicen o matizan. Finalmente, se emplea la jurisprudencia sin hacer un análisis a partir de la similitud u homogeneidad de los hechos del caso y del ordenamiento juridico del país extranjero.

3 *Ibíd.*, p. 245.

IV

En este sentido, atendiendo al rol protagónico que hoy desempeña la jurisprudencia, en la aplicación justa y correcta de la ley, el Instituto Pacífico pone en manos de la comunidad jurídica dos tomos de Jurisprudencia Vinculante penal, procesal penal y de ejecución penal sistematizadas. En este, segundo tomo se publica los fallos más importantes que —a nuestro juicio— ha emitido la Corte Suprema de la República, en lo que Recursos de Casación y de Nulidad se refiere.

La presente obra jurisprudencial comporta una evidente utilidad práctica para cualquier operador del derecho, pues, podrá ser utilizada a efectos de confrontar si el contenido de la jurisprudencia es compatible o no con el derecho positivo, podrá ser utilizada como instrumento de apoyo interpretativo de una determinada ley que se quiere aplicar al caso concreto; en otras ocasiones, cumplirá una función de análisis académico. En síntesis, el presente libro de jurisprudencia es útil tanto para los operadores inmersos en el sistema de administración de justicia (jueces, fiscales, abogados, procuradores, policías, etc.), como para quienes se dedican a la investigación (profesores, estudiantes e investigadores en general).

V

Con la iniciativa del Instituto Pacífico, se ha elaborado el presente libro, cuya finalidad es contribuir en la difusión de la jurisprudencia actualizada más relevante.

Para la adecuada comprensión de la información jurisprudencial contenida en esta obra, y con el objeto de facilitar al lector su uso y darle una rápida orientación, se ha elaborado un resumen (sumilla) de las líneas centrales de las resoluciones, las mismas que han sido clasificadas, y trabajadas con glosas, concordancias, etc.

Pablo Talavera Elguera
Codirector
Actualidad Penal

PRIMERA PARTE
DERECHO PENAL-PARTE GENERAL

SECCIÓN PRIMERA
El hecho punible

I.
EXIMENTES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

1.
RECURSO DE NULIDAD N.º 2649-2012-LIMA
EL MIEDO INSUPERABLE COMO LÍMITE DE RESPONSABILIDAD PENAL: APLICACIÓN EN UN PROCESO POR EL DELITO DE TERRORISMO

Recurso de Nulidad	**N.° 2649-2012-Lima**
Fecha	14.02.2013
Procedencia	Sala Penal Transitoria
Ponente	José Neyra Flores
Tema	El miedo insuperable como límite de responsabilidad penal: Aplicación en un proceso por el delito de terrorismo.
Jurisprudencia relevante	ff. jj. n.ºs 4 y 5
Concordancia	Código Penal: art. 20.7

SUMILLA:
Son requisitos que configuran miedo insuperable: **a)** que el miedo sea causado por estímulos externos al que lo padece [...]; **b)** que debe ser insuperable, es decir, difícil de resistir en la medida del hombre medio, entendiéndose como tal lo que se pueda esperar de cualquier persona en el caso específico frente a una situación de miedo [...], **c)** que debe tratarse de un mal igual o mayor.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N.º 2649-2012
LIMA

Lima, veintiuno de enero de dos mil trece

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica del procesado Orlando Álvarez Jaimes contra la sentencia condenatoria de fojas ochocientos cuarenta y cinco, del treinta de enero de dos mil doce. Interviene como ponente el señor Juez Supremo Neyra Flores.

CONSIDERANDO:

Primero. Que la defensa técnica del acusado Álvarez Jaimes en su recurso formalizado a fojas ochocientos sesenta y cuatro, sostiene que la sentencia dictada en su contra vulnera los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y debido proceso. Estima que no ha sido debidamente valorado el estado de necesidad justificante, bajo el cual actuó en defensa de su vida y la de sus familiares al encontrarse bajo amenaza de muerte, que se concretó posteriormente con la muerte de su cuñado y sobrino, tal como se acredita con los certificados de defunción de fojas trescientos ochenta y trescientos ochenta y uno. Añade que su patrocinado desde un inicio señaló que los bienes detallados en el acta de registro personal de fojas treinta y cuatro eran de los elementos terroristas que lo amenazaron cuando se encontraba trabajando en su chacra en compañía de su padre y que uno de ellos era conocido como "camarada Rubén", del cual incluso tenía ejemplares periodísticos que informaban que había sido abatido en un enfrentamiento. Aduce que era de conocimiento público que el "camarada Rubén" no operaba sólo, sino que habían muchos más elementos terroristas en dicha zona, declarada en estado de emergencia (Aucayacu - Huánuco), de ahí el temor real y fundado de que atenten contra su vida o la de alguno de sus familiares al negarse a efectuar las compras que le detallaron en un papel. Anota que no registra antecedentes y que ha sido uniforme en sus diversas declaraciones en las cuales negó las imputaciones en su contra, así como se dedica a la agricultura, circunstancia que acreditó con distintas documentales que obran a fojas doscientos veinticuatro, doscientos veintiocho, doscientos treinta y uno y doscientos cuarenta y cuatro. Finalmente, expresa que a fojas cincuenta obra la credencial otorgada por la Municipalidad Distrital de José Crespo y Castillo, Provincia de Leoncio Prado – Huánuco, que lo acredita como Agente Municipal.

Segundo. Que la acusación fiscal de fojas seiscientos sesenta y dos imputa al encausado Orlando Álvarez Jaimes, conocido como "Gringo o Lolo", haber realizado actos de colaboración voluntaria a favor de la organización terrorista "Sendero Luminoso", y como tal, haber comprado bienes con su propio dinero a favor de dicho grupo subversivo. Los bienes adquiridos son: diez mochilas de lona color verde, modelo americano y de uso militar, tres puñales de color negro y una tarjeta chip de celular con el número de serie cero uno - nueve ocho siete cero uno seis cinco uno cero (Claro). También se le incautó tres periódicos (Ojo, Correo y Perú veintiuno), que se refieren a la muerte de la persona conocida como "camarada Rubén".

Tercero. Que revisada la sentencia materia de grado se aprecia que las pruebas de cargo citadas por el Colegiado Superior —acta de registro personal y vehicular, actas de verificación y lectura de contactos del teléfono celular encontrado en poder del procesado cuyo abonado se encontró como número de contacto en el celular del difunto camarada "Rubén" bajo el apelativo de "Lolo", el cual registra una llamada en la fecha que el procesado se encontraba en la ciudad de Lima comprando los pertrechos militares que le habían solicitado—, si bien relacionan al imputado con los hechos materia de acusación, no resultan suficientes para acreditar su responsabilidad penal y menos aún para desvirtuar su versión respecto a que actuó bajo amenaza de muerte por parte de elementos terroristas. Por el contrario, se advierte que las instrumentales presentadas por la defensa del imputado y las testimoniales prestadas a nivel de juicio oral corroboran, de una u otra manera, que el citado encausado actuó bajo el estado de miedo insuperable.

Cuarto. Que el miedo es un estado psicológico personalísimo que obedece a estímulos o causas no patológicas, que podría originar un caso de inimputabilidad; que esta condición "...aún afectando psíquicamente al autor, le deja una opción o posibilidad de actuación, no siendo el miedo de origen patológico, debe ser producido por estímulos externos al agente..."[1]. En nuestra legislación se encuentra prevista en el inciso siete del artículo veinte del Código Penal, que establece: "*Está exento de responsabilidad penal (...) 7. El que obra compelido por miedo insuperable de un mal igual o mayor...*".

Definición de miedo insuperable

Son requisitos que configuran dicha eximente: **a)** que el miedo sea causado por estímulos externos al que lo padece —lo que se patentiza en el presente caso, pues el acusado fue amenazado de muerte por sujetos identificados como miembros de la organización terrorista "Sendero Luminoso" —; **b)** que debe ser insuperable, es decir, difícil de resistir en la medida del hombre medio, entendiéndose como tal lo que se pueda esperar de cualquier persona en el caso específico frente a una situación de miedo —en el caso que se analiza, el acusado tenía motivos suficientes para temer, teniendo en cuenta que terroristas lo habían amenazado con causarle la muerte a su persona o a sus familiares y que, además, el lugar donde se produjo tal hecho estaba considerado como "zona de emergencia" —, **c)** que debe tratarse de un mal igual o mayor, esto es, que no basta que el estímulo que causa el miedo insuperable sea real, sino que a la vez este ofrezca una amenaza de igual o mayor entidad

Requisitos del miedo insuperable

1 Villavicencio Terreros, Felipe... "Derecho Penal-Parte General", Editorial Grijley, marzo, 2009, Lima-Perú, pág. 642.

a la que se le ocasiona al autor bajo el estado de miedo —aspecto que se evidencia en el hecho que el acusado temía por su vida o la de sus familiares, que resulta ser un bien jurídico prevalente—.

Quinto. Que está probado, en vía de corroboración de la versión del acusado Álvarez Jaimes, que luego de haber sido intervenido con fecha veinticinco de mayo de dos mil diez, sus hermanos Efraín Álvarez Jaimes y Erlinda Álvarez Jaimes presentaron una denuncia ante el Gobernador del Distrito de José Crespo y Castillo con fecha uno de junio de dos mil diez, ocasión en que refirieron que a raíz de la detención de su hermano Orlando Álvarez Jaimes, se apersonaron a su casa dos personas desconocidas y amenazaron de muerte a toda su familia porque creían que el referido encausado se había entregado a la policía por no cumplir con entregar lo que le habían encomendado —véase a fojas trescientos ochenta y dos—; que la amenaza se concretó con el asesinato del hermano y sobrino de Dora Clelia Olórtegui Bezares, esposa del encausado -véase a fojas ochocientos ocho copia del acta de matrimonio respectiva, que no ha sido objeto de cuestionamiento- ocurrido el día seis de junio de dos mil diez —véase a fojas trescientos ochenta el certificado de defunción a nombre de Oscar Olórtegui Bezares, que coincide con los apellidos paterno y materno de la esposa del procesado, y a fojas trescientos ochenta y uno el certificado de defunción a nombre de Medardo Júnior Espinoza Olórtegui, que coincide en el apellido materno con el apellido paterno de la esposa del procesado, respectivamente—; es decir, cinco días después de la denuncia que hicieran los referidos hermanos, acontecimiento que fue informado por la emisora radial "León de Huánuco" en cuyo blog —internet— se publicó lo siguiente: *"El Teniente Gobernador de la zona, Jorge Benito Rubina, recibió la información y dio cuenta a las autoridades policiales. Dijo haber conocido a ambas personas y las calificó de muchachos humildes y normales. Recordó, sin embargo, que en una oportunidad presentaron un pedido de garantías contra unos sujetos conocidos como camarada "Pilas" y "Bush", con quienes habían tenido un lío que incluyó amenazas de muerte, machetes y escopetas"* —véase a fojas ochocientos doce—.

Sexto. Que los testigos Nemesio Conduelas Escalante y Abel Arce Córdova —pobladores de la zona— en sus declaraciones brindadas a nivel del juicio oral coinciden en afirmar que tenían conocimiento que elementos de "Sendero Luminoso" tienen como costumbre amenazar de muerte a la gente del pueblo y de la chacra para que cumplan con sus requerimientos; que el encausado se dedica a actividades agrícolas cosechando cacao, piña y plátano, vendiendo el primer producto a la Cooperativa y los demás al Mercado de Huánuco; que siempre colaboró

en las faenas y obras para el bienestar de la región; que fue elegido por la población como Agente Municipal y que son las autoridades los que principalmente son objeto de amenazas terroristas —véase audiencia de fecha catorce de diciembre de dos mil once, de fojas setecientos sesenta y nueve—. Estas aseveraciones son corroboradas con: ***i)*** el certificado de propiedad del Fundo Agrícola de fojas doscientos veinticuatro, que acredita como dueño de catorce hectáreas de cacao al padre del encausado; ***ii)*** los reportes de recepción de cacao emitido por la Cooperativa Agraria Industrial Naranjillo correspondiente al período comprendido entre los años dos mil dos a dos mil once —véase fojas ochocientos quince a ochocientos veinticuatro—; y ***iii)*** la credencial del procesado como Agente Municipal a fojas cincuenta.

Sétimo. Que así se tiene que el encausado, ante su comunidad, siempre demostró buena conducta, acreditada con los siguientes documentos: certificado de estudios de fojas doscientos veintisiete, certificado de plantaciones de fojas doscientos veintiocho, constancia de asociación agraria de fojas doscientos treinta y uno, certificado de capacitación de mecánica automotriz de fojas doscientos treinta y dos, certificado de la escuela de agricultores de fojas doscientos treinta y cuatro, certificado de crianza de peces amazónicos de fojas trescientos treinta y seis, certificado de antecedentes policiales con resultado negativo, certificado de buena conducta de fojas doscientos treinta y nueve, partida de matrimonio entre el encausado y Dora Clelia Olórtegui Bezares. Por consiguiente no existe motivo fehaciente alguno para concluir que aquél prestaba colaboración voluntaria a grupo subversivo alguno, menos aún si ningún poblador de la zona lo ha sindicado como tal y tampoco se hallaron elementos indiciarlos de conducta ilícita penal vinculada al terrorismo cuando se realizó el registro domiciliario respectivo.

Octavo. Que, por tanto, se concluye que el encausado Orlando Álvarez Jaimes realizó actividades de colaboración para la organización terrorista "Sendero Luminoso", pero bajo un estado de miedo insuperable. En tal virtud, debe procederse de conformidad con el artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales.

DECISIÓN

Por estos fundamentos; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal: declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha treinta de enero de dos mil doce, obrante a fojas ochocientos cuarenta y cinco, que condenó a ORLANDO ÁLVAREZ JAIMES por el delito contra la Tranquilidad Pública - Terrorismo, en agravio del Estado, a doce años de pena privativa de la libertad, trescientos sesenta y cinco días multa, inhabilitación de conformidad con el inciso dos del

artículo treinta y seis del Código Penal, y fijó en diez mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar el sentenciado a favor del Estado Peruano; reformándola: **ABSOLVIERON** al precitado Orlando Álvarez Jaimes de la acusación fiscal formulada en su contra por el referido delito y agraviado; **ORDENARON** su inmediata libertad, la misma que se llevará a cabo siempre y cuando no exista en su contra mandato de detención emanado de autoridad judicial competente; oficiándose para tal efecto vía fax a la Sala Penal Superior de origen; **DISPUSIERON** el archivo definitivo de la presente causa, así como la anulación de los antecedentes judiciales y policiales que se hayan generado en contra de Álvarez Jaimes; y los devolvieron. Interviene el señor Juez Supremo Príncipe Trujillo por licencia del señor Juez Supremo Rodríguez Tineo-.

Sres. SAN MARTÍN CASTRO /LECAROS CORNEJO /PRADO SALDARRIAGA /PRÍNCIPE TRUJILLO /NEYRA FLORES

II.
AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

1.
RECURSO DE NULIDAD N.º 1318-2011-AYACUCHO
LA ACCESORIEDAD DE LA PARTICIPACIÓN

Recurso de Nulidad	**N.º 1318-2011 Ayacucho**
Fecha	10.05.12
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponente	Segundo Morales Parraguez
Tema	La accesoriedad de la participación
Jurisprudencia relevante	ff. jj. n.ºs: 4 y 5
Concordancia	Código Penal: arts. 24 y 15
SUMILLA: Por el principio de accesoriedad "lo accesorio sufre la consecuencia de lo principal", lo que implica, en el ámbito de la autoría, que no puede haber partícipe si no existe autor	

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N.º 1318-2011
AYACUCHO

Lima, diez de mayo del dos mil doce

VISTOS; El recurso de nulidad interpuesto por el encausado Héctor Huacachi Trejo contra la sentencia del nueve de marzo del dos mil once, obrante a fojas trescientos treinta y tres; interviniendo como ponente el señor juez supremo Morales Parraguez, con lo expuesto por el señor fiscal supremo en lo Penal.

CONSIDERANDO

Primero. El encausado Huacachi Trejo fundamenta su recurso de nulidad a fojas doscientos cuarenta y ocho, alegando que el acogerse a la conclusión anticipada del juicio oral no imposibilita la emisión de sentencia absolutoria, que su comportamiento está revestido de atipicidad, toda vez que no tiene la condición de funcionario público, además, no se determinó al funcionario público que sustrajo los medicamentos.

Segundo. Conforme a la acusación fiscal obrante a fojas trescientos dos, se atribuye al encausado Héctor Huacachi Trejo, haberse apropiado de medicamentos de distintas denominaciones, de propiedad del Ministerio de Salud; suceso conocido luego que el paciente Jorge Chocce Ramos acudiera, el diecisiete de diciembre del dos mil seis, a! establecimiento particular Centro Médico "El Pueblo", situado en la avenida El Puente número ciento dos, Kimbiri-Cusco, de propiedad del encausado, a fin de tratarse médicamente la dolencia que tenía por presentar un cuadro de fiebre tifoidea, donde este le recetó ampollas de cloralfenicol, las que vendió de su stock de medicinas que tenía en su almacén, medicamentos de propiedad de SISMED-MINSA, que tenían la siguiente inscripción: "muestra medica - prohibida su venta".

Tercero. El Estado constitucional de derecho prevé que los derechos reconocidos en la constitución se caracterizan por ser derechos fundamentales, entre los cuales se encuentran derechos que marcan pautas al momento de emitir una resolución judicial, uno de estos es el derecho a la presunción de inocencia, el cual precisa que una persona es considerada inocente mientras no se acredite su responsabilidad, pues en caso de duda o insuficiencia probatoria, debe, necesariamente, decantarse por su absolución, en ese sentido, una sentencia condenatoria debe contar con fundamentos sólidos, que expresen coherentemente el razonamiento que ha llevado a generar convicción en el juzgador, respecto de la responsabilidad del justiciable, caso contrario se incurriría en una grave vulneración a otro derecho fundamental, como es el derecho de todo ciudadano, de obtener resoluciones debidamente motivadas.

Presunción de inocencia y sentencia condenatoria

Cuarto. En ese sentido, aun cuando el encausado Huacachi Trejo se acogió a la conclusión anticipada del juicio oral —fojas trescientos diecinueve—, la Sala Superior debió realizar un mínimo análisis de los supuestos necesarios para la configuración del título de imputación atribuido al referido recurrente, pues no basta precisar que este se cogió a la conclusión anticipada del juicio oral para sustentar una

Conclusión anticipada: Requisitos para una sentencia condenatoria

sentencia condenatoria, soslayando los principios que rigen la autoría y participación, pues ello contraviene claramente los derechos referidos en el considerando precedente; en el caso concreto, debemos precisar que, conforme al principio de accesoriedad, solo podrá atribuirse al partícipe la contribución a la realización del injusto si se ha acreditado —no es necesario una sentencia condenatoria— la realización del injusto por parte del autor, lo que implica, mínimamente, la individualización del autor del injusto, pues no puede presumirse la existencia del autor y del delito imputado como erróneamente hace la sentencia recurrida, que en su fundamento dos punto tres precisa: "lo que lleva a presumir que el encausado mencionado, en colaboración con algún funcionario o servidor público del Centro de Salud de Kimbiri-Cusco haya sustraído o apropiado dicho medicamento antes de su registro de ingreso"; dicha presunción vulnera, de manera concreta el principio de accesoriedad, y de manera general el derecho a la presunción de inocencia y la debida motivación de las resoluciones judiciales, pues existe un cúmulo de posibilidades por las que los medicamentos llegaron al establecimiento del recurrente.

Principio de accesoriedad de la participación

Quinto. Vertido lo anterior, debe precisarse, en términos poco complejos, que por el principio de accesoriedad "lo accesorio sufre la consecuencia de lo principal", lo que implica, en el ámbito de la autoría, que no puede haber partícipe si no existe autor, situación que nos lleva a concluir, en el caso concreto, en la absolución del recurrente, pues en autos no se llegó a acreditar la comisión del delito de peculado —la sentencia recurrida únicamente lo presumió—, para lo cual es necesario acreditar la vinculación del autor a la institución positiva que lo reviste de un haz de derechos y deberes, además, del patrimonio público encomendado, entre otros; en ese sentido, la sentencia emitida por la Sala Superior yerra al atribuir al encausado Huacachi Trejo el título de partícipe, sin haber establecido fehacientemente la omisión del delito de peculado y sin siquiera haber individualizado a su autor, por ello, en salvaguarda de los derechos fundamentales que garantiza el Estado constitucional de derecho que nos rige, es del caso absolver al referido encausado de la acusación fiscal recaída en su contra.

No puede haber partícipe si no existe autor

DECISIÓN

Por estos fundamentos: declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia del nueve de marzo del dos mil once, obrante a fojas trescientos treinta y tres, que condenó a Héctor Huacachi Trejo como cómplice primario del delito contra la Administración pública, en la modalidad de peculado doloso agravado por extensión, en agravio del Estado, a cuatro años de pena privativa de libertad

suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años, inhabilitación por el plazo de tres años, y fijó en treinta mil soles el monto que deberá abonar por concepto de reparación civil, **reformándola ABSOLVIERON** a Héctor Huacachi Trejo de la acusación fiscal por el referido delito y citado agraviado; **DISPUSIERON** la anulación de los antecedentes policiales y judiciales generados en su contra a consecuencia del presente proceso; y los devolvieron. Interviene el señor juez supremo Morales Parraguez por licencia del señor juez supremo Salas Arenas.

S.S.

VILLA STEIN /RODRÍGUEZ TINEO /PARIONA PASTRANA /NEYRA FLORES /MORALES PARRAGUEZ

SECCIÓN SEGUNDA
Las penas

I.
CLASES DE PENA

1.
RECURSO DE NULIDAD N.° 3544-2011-AYACUCHO
INHABILITACIÓN ACCESORIA PARA CONDUCIR VEHÍCULO EN EL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS AGRAVADO POR LA CANTIDAD DE DROGAS

Recurso de Nulidad	**N.° 3544-2011 Ayacucho**
Fecha	16.10.2012
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponente	Jorge Salas Arenas
Tema	Inhabilitación accesoria para conducir vehículo en el delito de tráfico ilícito de drogas agravado por la cantidad de drogas
Precedente vinculante	ff. jj. n.os 5, 6 y 7
Concordancia	Código Penal: arts. 36.7, 39 y 297.7 Código de Procedimientos Penales: arts. 225.3, 283, 285-A y 301-A

SUMILLA:

Los diferentes supuestos de inhabilitación [...] han de estar claramente relacionados con los supuestos agravatorios contenidos en el artículo 297 del Código Penal; por lo que, la motivación debe explicitar la conexión que se da entre los supuestos agravatorios [art. 297 del CP] y el ejercicio del derecho afectado mediante dicha pena [incisos 1, 2, 4, 5 y 8 del artículo 36], esto es, debe existir vinculación de pertinencia de los derechos suspendidos con las circunstancias de agravación [...]. Habiéndose demostrado la ausencia de vinculación o relación de las condiciones o calidades enumeradas en los incisos 1, 2, 4, 5 y 8 del artículo 36, con el elemento cuantitativo de la cantidad de droga, previsto en el inciso 7 del artículo 297 del Código Penal, en el caso particular no se configura el supuestos de abuso de cargo, profesión o su equivalente, que viabilicen la aplicación de alguno de los supuestos de específica inhabilitación en materia de tráfico ilícito de drogas agravado [...]. Habiéndose acreditado que el agente abusó de su oficio de chofer para perpetrar el delito, aunque no cabe inhabilitación principal, cabe la denominada "inhabilitación accesoria" en aplicación del citado artículo 39 del Código Penal, al haberse acreditado que el encausado desempeñó el oficio de conductor del vehículo incautado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N.º 3544-2011
AYACUCHO

Lima, dieciséis de octubre del dos mil doce.

VISTOS: El Recurso de Nulidad interpuesto por la defensa técnica del encausado don Luís Alberto Quispe Cabezas; emitiéndose la decisión bajo la ponencia del señor Salas Arenas, juez de la Corte Suprema; y de conformidad en parte con el dictamen de la señora fiscal suprema en lo Penal.

Primero: Decisión cuestionada

Lo es la sentencia del veintisiete de septiembre del dos mil once —folios cuatrocientos ochenta y siete a quinientos diez— emitida por la Sala Mixta Descentralizada Transitoria del VRAE-Pichari de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, que condenó a don Luís Alberto Quispe Cabezas como autor del delito contra la salud pública en la modalidad de tráfico ilícito de drogas —transporte de pasta de básica de cocaína con fines de comercialización agravada— en agravio del Estado, imponiéndole dieciocho años de pena privativa de libertad; fijando la suma de treinta mil soles la reparación civil que deberá abonar el sentenciado en forma solidaria con los demás cosentenciados; e inhabilitándolo por el término de tres años de conformidad con lo dispuesto por el artículo treinta y seis, incisos 1,2,4,5, y 8 del Código Penal; con lo demás que contiene.

Segundo: Factum

Según la acusación fiscal —folios trescientos setenta y dos a trescientos setenta y ocho —los hechos acaecieron en horas de la mañana del veintitrés de julio del dos mil diez, cuando personal policial de Goa Machente, dirigido por el representante del Ministerio Público, realizó un operativo destinado a le interdicción de sustancias —estupefacientes— en el frontis del puesto de control de la localidad de Machente, intervinieron el vehículo motorizado camioneta Pick Up de placa de rodaje —A-11-890—, de color gris, marca "Toyota" modelo "Hilux", conducido por el encausado Quispe Cabezas, cuyo destino era el departamento de Ayacucho, quien al notar el interés de las autoridades evidenció nerviosismo; estableciéndose que, al efectuarse el correspondiente registro vehículo, fue descubierto en la base de la carrocería de dicho automotor, un compartimiento que se había construido de metal, alterando la original estructura de dicho vehículo, en cuyo interior fueron hallados *treinta y seis paquetes de forma rectangular conteniendo pasta básica de cocaína, con un peso neto de cuarenta y ocho kilos con doscientos ochenta y siete gramos.*

Tercero: Agravios

En la formulación del recurso —folios quinientos veintiuno a quinientos veintitrés— se alegó que:

3.1. El procesado fue captado e instrumentalizado, aprovechando sus carencias económicas y culturales; en efecto, encontrándose desempleado le ofrecieron conducir un vehículo con la única finalidad de transportar a los familiares de su

coencausado Zegarra Pillihuamán, de la localidad de Ayacucho a Pichan, propuesta que aceptó, desconociendo que en el referido vehículo habían acondicionado la droga incautada.

3.2. A nivel policial fue mal asesorado por los abogados defensores de su coencausado Zegarra Pillihuamán para brindar coartadas con la única finalidad de eximirlo de responsabilidad, logrando que él se perjudicara; agregando además que en el juicio oral, tales defensores no concurrieron, por ello asumió su defensa un defensor público.

3.3. La pena impuesta resulta desproporcional, obviando que se trata de un reo primario, n detenta antecedentes, ni posee bienes registrados a su nombre, así como cuentas corrientes que hicieran presumir que se dedicara al tráfico ilícito de drogas, siendo que a la fecha de la comisión de los hechos el encausado contaba con veintiún años de edad.

3.4. Finalmente, destaca que en el decurso del proceso no fue sindicado por nadie; puntualizando que no es dueño de la droga y, menos aún, existe material probatorio que lo vincule como integrante de una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas; consiguientemente, debe ser absuelto, o en su defecto se le imponga una pena menor de dieciocho años de privación de libertad.

Cuarto: opinión de la Fiscalía Suprema en lo penal

En el dictamen número ochenta y cinco-dos mil doce (del cuadernillo formado en esta Instancia Suprema) la señora fiscal suprema adjunta titular de la Segunda Fiscalía Suprema en lo penal opinó que se debe declarar no haber nulidad en la sentencia recurrida.

CONSIDERANDO

Primero: sustento normativo

1.1 Es principio y derecho de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, conforme lo señala el inciso tres del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado; así como el artículo ocho de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por el Estado Peruano.

1.2 El inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política vigente precisa que las decisiones judiciales deben ser motivadas

1.3 El artículo ciento veintidós del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria, respecto al contenido de las resoluciones, señala que en ellas se debe expresar clara y precisamente lo que se decide u ordena, respecto de todos los puntos controvertidos.

1.4 Los artículos treinta y seis y treinta y nueve del Código Penal, respecto a los efectos de la pena de inhabilitación y su accesoriedad.

1.5 El primer párrafo del artículo doscientos noventa y seis —modificado por la Ley número novecientos ochenta y dos—, concordado con el primer párrafo del artículo doscientos noventa y siete del citado Código Penal; establece el tipo penal referente a la promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas en su forma agravada.

1.6 El primer párrafo del artículo trescientos uno "A" del Código de Procedimientos Penales, referente al **precedente obligatorio,** señala que: "La sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo doce de la Ley Orgánica del Poder Judicial, *constituyen precedente vinculante cuando así lo expresen en las mismas, precisando el extremo de su efecto normativo* [...]." Los principios de lesividad y proporcionalidad, comprendidos en los artículos cuarto y octavo del Título Preliminar del Código Penal.

1.7 En el Acuerdo Plenario número dos-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis —de treinta de septiembre del dos mil cinco—, se señaló que**:** *Dos son las normas que rigen los fundamentos y criterios de valoración de la prueba penal.* **En primer lugar,** el artículo segundo, numeral veinticuatro, literal "d" de la Constitución, que consagra la presunción de inocencia; y, en **segundo lugar,** el artículo doscientos ochenta y tres 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 [...] 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 [...]. Tratándose de las declaraciones de un agraviado, aun cuando sea el único testigo de los hechos, al no regir el antiguo principio jurídico *testis unus testis nullus,* tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Las garantías de certeza serían las siguientes: **a)** Ausencia de incredibilidad subjetiva, **b)** verosimilitud, **c)** persistencia en la incriminación.

1.8 En el Acuerdo Plenario número dos-dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis —de dieciocho de julio del dos mil ocho— referente a los alcances de la pena de inhabilitación se fijó en cuanto a las exigencias procesales para la imposición de la pena de inhabilitación, que: "El artículo 92.4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público en concordancia con, el artículo 225.3 del Código de Procedimientos Penales *establece que el escrito de j acusación debe contener la proposición de la pena que fuera aplicable y su duración. De igual manera, el artículo 273 del aludido Código prescribe que la acusación oral del fiscal concluirá pidiendo la pena que juzgue legal.* Es evidente, por lo demás, que *el Tribunal en el ejercicio de su poder; de control de legalidad de los actos postulatorios del Ministerio Público está autorizado a cuidar que los pedidos de pena se enmarquen dentro de las estipulaciones o marcos de la ley,*

específicamente en orden al tiempo de duración y a la precisión de los derechos objeto de privación, incapacitación o suspensión de la pena de inhabilitación [...]. 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 al 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 se han precisado los distintos elementos que la determinan.* El principio acusatorio solo exige, en relación con la acusación, (1) la congruencia táctica: las características esenciales del hecho punible acusado, en cuyo caso la correlación es absoluta ("vinculación táctica"); y, (2) la congruencia jurídica: identidad del bien jurídico respecto del delito acusado, esto es, una correlación relativa ("vinculación jurídica"). La congruencia cuantitativa, en función al petitum del Fiscal, es inexistente en el Código de Procedimientos Penal es, tal como está previsto en el artículo 285-A. Desde esta perspectiva, *aunque el fiscal tiene el deber de concretar la pena, la 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*".

1.9 En el Acuerdo Plenario número diez -dos mil nueve/CJ-ciento dieciséis —del trece de noviembre del dos mil nueve— referente a la "ejecución de la pena de inhabilitación", se precisó que: El Acuerdo Plenario número 2-2008/CJ-l 16, 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.*

Segundo: Análisis jurídico fáctico.

2.1. De la materialidad del delito.

Se encuentra acreditada, en mérito a la intervención policial dirigida por el representante del Ministerio Público el veintitrés de julio del dos mil diez, conforme se anotó en el acta de registro vehicular, apertura de compartimiento post fabricado (caleta), prueba de campo y comiso de droga, que arrojó un total de treinta y seis paquetes de forma rectangular conteniendo pasta básica de cocaína, con un peso neto de cuarenta y ocho kilogramos con doscientos ochenta y siete gramos —folio cuarenta y dos—.

2.2. De la responsabilidad penal del encausado Quispe Cabezas

2.2.1. De la revisión de lo actuado, se constata la existencia de un proceso valorativo, respaldado de soporte probatorio, constituido por la existencia objetiva de prueba de cargo válidamente practicada, enervando el principio de presunción de inocencia del precitado procesado; en efecto, conforme se precisó precedentemente, con la intervención policial se encuentra fehacientemente acreditada su participación en el evento criminal, quien conducía el vehículo que transportaba dicha sustancia ilícita acondicionada en un compartimiento de dicha camioneta, en el cual se almacenó gran, cantidad de pasta básica de cocaína. El encausado a escala preliminar adujo desconocer, haber transportado dicha sustancia ilícita y quién era su propietario —ver diligencia realizada en presencia del representante del Ministerio Público y abogado defensor de los folios veintiocho a treinta y dos—; empero en el acta de entrevista señaló que era de propiedad de su supuesto tío Zegarra Pillihuamán —reservado— quien le comisionó para que traslade el vehículo que conducía a la ciudad de Ayacucho —conforme es de verse en los folios cuarenta y ocho a cincuenta—.

2.2.2. Otro elemento que permite vislumbrar la responsabilidad del aludido encausado lo constituyen las diversas contradicciones en que incurrió ya que primigeniamente adujo desconocer la procedencia de dicha sustancia ilícita; sin embargo, a fin de eludir la responsabilidad del encausado reservado Zegarra Pillihuamán, a nivel de instrucción afirmó que los verdaderos propietarios de la droga incautada eran las personas identificadas con los nombres de "Ruther" y "Jaime"; empero contradictoriamente en el plenario nuevamente cambió su versión, mencionando que mintió en el proceso, aseverando que el encausado Zegarra Pillihuamán no es su tío, que este le envió seis abogados defensores a fin de que lo exculpara y que las personas llamadas "Ruther" y "Jaime" no existen —conforme es de verse en el acta de sesión de audiencia de veinte de septiembre del dos mil once obrante en los folios cuatrocientos diecisiete a cuatrocientos veintisiete—.

2.2.3. Aunado a ello, cabe señalar que, la versión esgrimida por el recurrente, en el sentido, de haber sido comisionado únicamente para el traslado y recojo de algunas personas en la ciudad de Ayacucho a cambio de la entrega de sesenta nuevos soles, sin conocer de la existencia de la droga, no resulta creíble, puesto que cuando se procedió a la lectura de la tarjeta de memoria del teléfono celular de su propiedad, se comprobó que entre él y su coprocesado Zegarra Pillihuamán, existió fluido intercambio de llamadas —conforme es de verse en el folio cincuenta y seis— comunicación constante que enerva su coartada de haberse limitado en conducir el referido vehículo; antes bien, se denota la existencia de coordinaciones para el transporte del alcaloide, tesis que se corrobora, con las reiteradas contradicciones en las que incurrió el sentenciado en el decurso del proceso, actitud que se explica en el afán que tuvo por encubrir a su coencausado y que ahora pretende responsabilizarlo como único autor del delito a fin de eludir su responsabilidad penal.

2.2.4. Finalmente es de precisar que dada a la naturaleza del alcaloide encontrado en poder de ambos encausados y el gran volumen de este, es decir, aproximadamente setenta y dos kilos de droga, la conducta se subsume dentro de los alcances del tipo penal que reprime el tráfico ilícito de drogas, en su forma agravada, consecuentemente, la sanción impuesta por el Tribunal de Instancia se encuentra arreglada a ley.

Tercero: De la imposición de la pena de inhabilitación al encausado y de la necesidad de establecer precedentes vinculantes en la materia

3.1. En el presente caso, la Sala de Fallo, de conformidad con el artículo 36 del Código Penal inhabilitó al citado encausado por el término de tres años, bajo los supuestos previstos en los incisos 1 [privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular]; **2** [incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público]; **4** [incapacidad pera ejerce: por cuenta propia o por intermedio de tercero, profesión, comercio, arte o industria, **que deben especificarse en la sentencia**]; **5** [incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o cúratela]; **8** [privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se **hubiese servido el agente para cometer el delito**].

3.2. El tema de la inhabilitación, ha sido motivo de debate a nivel jurisprudencial; en efecto, habiendo sido abordado inicialmente en el Acuerdo Plenario N.° 2-2008/CJ-116, que fijó los alcances jurídicos de la pena de inhabilitación[1]; posteriormente en el también citado Acuerdo Plenario N.° 10-2009/CJ-116, se abordó el tópico referido a la "ejecución de la pena de inhabilitación"; sin embargo, se impone sin motivación suficiente acorde a sus postulados básicos. *En efecto, se constata en la praxis judicial, que la operatividad de la inhabilitación se materializa sin observar criterios de racionalidad y vulnerando la garantía de motivación, con automatismos, configurando con riegos notables*[2].

La pena de inhabilitación en los acuerdos plenarios

1 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 lo naturaleza del delito de que se trate y al principio de proporcionalidad.

2 En este sentido, la presente decisión se enmarca en la línea de superar y revertir diagnóstico de la praxis judicial, caracterizada por: "La ausencia de una práctica judicial diligente, respetuosa de los mandatos legales y conscientes del papel que cabe cumplir a la Corte

Cuarto: Postulados básicos en materia de inhabilitación

Como se indicó líneas arriba, el tópico de la inhabilitación, ha sido motivo de debate *jurisprudencial*, por lo que, en pos de una línea coherente, resulta necesario remitirse a los siguientes postulados esenciales:

4.1. Definición de la pena de inhabilitación: *"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"*[3].

La pena de inhabilitación

4.2. Alcance de la pena de Inhabilitación: El artículo 36 del Código Penal señala taxativamente los derechos que pueden ser objeto de la afectación inhabilitadora.

Alcance 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.

En consecuencia, *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*

Suprema dentro del sistema de justicia, ha generado de que se haya incumplido con el papel de fijar un sistema de precedentes o de principios jurisprudenciales (*ratio decidendi*), tal como manda la ley, o si se quiere la inercia y el desuetudo judicial ha producido que se considere que no existe en nuestro sistema la posibilidad de que la Corte Suprema pueda dictar jurisprudencia o precedentes. Esta es la razón que encontramos para la expedición y vigencia del artículo 301-A del C de PP". Castillo Alva, José Luis/ Castillo Córdova, Luis, *El precedente judicial y el precedente constitucional*, Ara Editores, Lima 2008, p.94.

3 II. Fundamento Jurídicos, 1,6 del Acuerdo plenario N.° 2-2008/ CJ-116, del 18 de julio del 2008.

se da entre el delito cometido y el ejercicio del derecho afectado mediante dicha pena[4].

4.3. Alcance de algunos supuestos objeto de inhabilitación

4.3.1. Cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego

Taxativamente, de conformidad con el inciso 6 del artículo 36 del Código Penal —modificado por la Ley número 29106— la cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego es perpetua, y siempre y cuando la pena que conlleva el delito cometido fuera doloso y mereciera pena privativa de libertad superior a cuatro años.

4.3.2. Títulos honoríficos

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 ulteriormente podrá ser acreedor a títulos honoríficos, claramente diferenciados del anterior, definitivamente perdidos.

4.3.3. Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular

Respecto del inciso 1 del artículo 36 del Código Penal: "Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de la 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 solo 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. 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 desde 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[5].

---

4 II. Fundamento Jurídicos, 2,8 del Acuerdo plenario N.° 2-2008/ CJ-116, del 18 de julio del 2008

5 3, 10, del Acuerdo Plenario N.° 2-2008/CJ-116, del 18 de julio del 2008.

Quinto: Operatividad de la inhabilitación en materia de tráfico ilícito de drogas.

5.1. Los diferentes supuestos de inhabilitación impuestos al encausado, contenidos en los incisos 1, 2, 4, 5 y 8 del artículo 36 del Código Penal, *han de estar claramente relacionados con los supuestos agravatorios contenidos en el artículo 297 del Código Penal; por lo que, la motivación debe explicitar la conexión que se da entre los supuestos agravatorios* [art. 297 del CP] y el ejercicio del derecho afectado mediante dicha pena [incisos 1, 2, 4, 5 y 8 del artículo 36], esto es, *debe existir vinculación de pertinencia de los derechos suspendidos con las circunstancias de agravación conforme "al cuadro relacional referencial" siguiente*:

Vinculación de pertinencia de los derechos suspendidos con las circunstancias agravantes del art. 297 CP

SUPUESTOS AGRAVATORIOS QUE DEBEN ESTAR VINCULADOS EN SU DINÁMICA COMISIVA CON LOS SUPUESTOS INHABILITADORES	SUPUESTOS INHABILITADORES EN MATERIA DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS
PARTE ESPECIAL DEL CÓDIGO PENAL: Factum para que opere los supuestos inhabllitadores contenidos en el artículo 297 del Código Penal:	**PARTE GENERAL DEL CÓDIGO PENAL:** Supuestos inhabilitadores contenidos en los incisos 1, 2, 4, *5 y* 8 del artículo 36 del Código Penal:
Artículo 297.- Formas agravadas La pena será privativa de libertad [...], días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2, 4, 5 y 8 cuando: **Inc. 1:** El agente comete el hecho abusando del ejercicio de la función pública.	**Artículo 36.- Inhabilitación** La inhabilitación producirá, según disponga la sentencia: **Inc. 1:** Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular
Artículo 297.- Formas agravadas La pena será privativa de libertad [...] días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2, 4, 5 y 8 cuando: **Inc. 4:** El hecho es cometido en el interior o en inmediaciones de un establecimiento de enseñanza, centro asistencial, de salud, recinto deportivo, lugar de detención o reclusión.	**Artículo 36.- Inhabilitación** La inhabilitación producirá, según disponga la sentencia: **Inc. 2:** Incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público

SUPUESTOS AGRAVATORIOS QUE DEBEN ESTAR VINCULADOS EN SU DINÁMICA COMISIVA CON LOS SUPUESTOS INHABILITADORES	SUPUESTOS INHABILITADORES EN MATERIA DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS
Artículo 297.- Formas agravadas La pena será privativa de libertad [...] días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2, 4, 5 y 8 cuando: **Inc. 2:** El agente tiene la profesión de educador o se desempeña como tal en cualquiera de los niveles de enseñanza. **Inc. 3:** El agente es médico, farmacéutico. **Inc. 6:** El hecho es cometido por tres o más personas, o en calidad de integrante de una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas o que se dedique a la comercialización de insumos para su elaboración.	**Artículo 36.- Inhabilitación** La inhabilitación producirá, según disponga la sentencia: **Inc. 4:** Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero, profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia.
Artículo 297.- Formas agravadas La pena será privativa de libertad [...] días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2, 4, 5 y 8 cuando: **Inc. 5:** El agente vende drogas a menores de edad, o los utiliza para la venta o emplea a una persona inimputable.	**Artículo 36.- Inhabilitación** La inhabilitación producirá, según disponga la sentencia:" **Inc. 5:** Incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o cúratela.
Artículo 297.- Formas agravadas La pena será privativa de libertad [...] días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2, 4, 5 y 8 cuando: **Inc. 1:** El agente comete el hecho abusando del ejercicio de la función pública.	**Artículo 36.- Inhabilitación** La inhabilitación producirá, según disponga la sentencia: **Inc. 8:** Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito.

5.2. En esta línea de desarrollo y coherente con los postulados básicos en materia de inhabilitación, el factum agravado que se imputa al encausado se halla previsto en el inciso 7 del artículo 297 del Código Penal[6]; **en el estado actual del análisis dicho factum no guarda relación o vinculación con las inhabilitaciones previstas** en los incisos 1, 2, 4, 5 y 8 del artículo 36 del Código Penal; *por lo que, dicha agravación, considerada aisladamente, no constituye presupuesto*

No hay relación de pertenencia entre los art. 297.7 y los incisos 1, 2, 4, 5 y 8 del art. 36 del CP

6 "7. La droga a comercializarse o comercializada excede las siguientes cantidades: veinte kilogramos de pasta básica de cocaína, diez kilogramos de clorhidrato de cocaína, cinco kilogramos de látex de opio o quinientos gramos de sus derivados, y cien kilogramos de marihuana o dos kilogramos de sus derivados o quince gramos de éxtasis, conteniendo Metilendioxianfetamina-MDA, Metilendíoximetanfetamina-MDMA, Metanfetamina o sustancias análogas".

idóneo para que operen todos los supuestos inhabilitadores en materia de tráfico ilícito agravado de drogas, reseñados ut supra.

5.3. Establecido lo anterior, cabe precisar como criterio general para la operatividad de los supuestos inhabilitantes en materia de tráfico ilícito de drogas que en su dinámica comisiva se relacione con alguna o algunas de las funciones, cargos o condiciones enumeradas en los incisos 1, 2, 4, 5 y 8 del artículo 36 del Código Penal; y que se impondrán *a pedido del titular de la acción penal o por el Tribunal Sentenciador (ante la comisión de su requerimiento) cuando fue incorporada la materia a la discusión en el decurso del proceso penal, a efecto de evitar fallos sorpresivos*[7].

Dinámica comisiva de la agravante del TID debe relacionarse con los derechos suspendidos

5.4. Como corolario de lo expuesto, en la sentencia habrá que especificar, la profesión, oficio, industria o comercio respecto a los que recae la inhabilitación [como sucede en la inhabilitación especial para empleo o cargo público] puesto que dicha concreción es consustancial a los estándares motivacionales, cuyo núcleo argumental lo constituye la demostración de la conexión o relación directa entre la dinámica comisiva del delito y la profesión para la que se inhabilita. El fundamento estriba en que la inhabilitación como sanción no ha de concebirse como una condena abierta al hombre per se, sino a su derecho al trabajo, constitucionalmente reconocido en un área determinada, de esta forma se debe restringir únicamente en la medida de lo imprescindible y que, por consiguiente, solo en aquellos casos en que la profesión, oficio, industria o comercio de que se trate ha sido utilizada como medio para delinquir[8],[9].

Necesidad de demostrar la relación entre la comisión del delito y la profesión a inhabilitar

Sexto: De la no configuración de la imposición de la pena principal de inhabilitación por ausencia del elemento cuantitativo de la cantidad de la droga incautada

7 "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 acusad por un tipo legal determinado el imputad 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 aplicara las penas allí previstas", del Acuerdo Plenario N.° 2-2008/CJ-116 del 18 de julio del 2008.

8 Vigencia del principio de taxatividad en el establecimiento de la inhabilitación en la sentencia: Balboa Pasamar, M.A. (1998). "Penas privativas de derechos" En Gracia Martin L. (coordinador). Lecciones de consecuencias jurídicas del delito Tirand lo Blanchs, Valencia, p, 113-114.

9 El ponente estima que de lo contrario, el inhabilitado de modo inespecífico, estará imposibilitado de todo desempeño, y bajo riesgo de afectación (en algún caso) de la profesión de la propia subsistencia.

6.1 Conforme se advierte de la reiterada jurisprudencia nacional, la pena de inhabilitación en los delitos de tráfico ilícito de drogas tiene la calidad de principal.

Inhabilitación es pena principal en tráfico ilícito de drogas

6.2 Acorde a la línea jurisprudencial en materia de inhabilitación, y teniendo presente la doctrina mayoritaria, la inhabilitación está focalizada **para ciertos delitos**[10], excluyéndose dinámicas delictivas sin referencia a las calidades o condiciones del sujeto activo antes descritas[11].

Inhabilitación procede para ciertos delitos

6.3 Habiéndose demostrado la ausencia de vinculación o relación de las condiciones o calidades enumeradas en los incisos 1, 2, 4, 5 y 8 del artículo 36, **con el elemento cuantitativo de la cantidad de droga, previsto en el inciso 7 del artículo 297 del Código Penal**, en el caso particular no se configura el supuestos de abuso de cargo, profesión o su equivalente, que viabilicen la aplicación de alguno de los supuestos de específica inhabilitación en materia de tráfico ilícito de drogas agravado[12].

No hay vinculación entre los incisos 1, 2, 4, 5 y 8 del art. 36 y TID agravado por la cantidad de drogas

Séptimo: De la aplicación de la inhabilitación accesoria prevista en el artículo 39 del Código Penal

7.1. Expuesto lo anterior a partir de la praxis judicial el Colegiado Supremo constata que es frecuente el empleo de diferentes vehículos como medio para la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas, que no se ha contemplado como modalidad agravada de tal ilícito al que pudiera vincularse una inhabilitación principal específica para la conducción vehicular.

---

10 Naturaleza de la inhabilitación principal, Pena Cabrea, R (1999). Tratado de derecho penal/ Estudio pragmático de la Parte general, Grijley, Lima, p.619.

11 "Penas privativas de libertad" En Gracia Martin L. (coordinador). Lecciones de consecuencias jurídicas del delito, Tirand lo Blanchs, Valencia, p. 106.

12 Al respecto resulta ilustrativo lo sostenido por el tratadista García Cavero, al señalar que: El uso de esta pena limitativa de derechos se ha hecho muy frecuente en los delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos, pero también podrá aplicarse a los particulares, como sería el caso de la inhabilitación profesional contemplado en el artículo 36, inciso 4 del Código Penal, que impone la incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de terceros profesión, comercio, arte o industria. García Cavero, Percy, *Lecciones de Derecho Penal*, Grijley, Lima 2008, p. 694. Por su parte, el autor español Mir Puig, relieva que: Las penas que privan de la titularidad de un cargo público, del derecho a ser elegido para el mismo, del ejercicio de otra actividad laboral determinada o de la patria potestad, tutela, guarda, o cúratela, reciben el nombre de "inhabilitaciones". Mir Puig, Santiago, *Derecho penal - Parte general*, Editorial I B de F, Buenos Aires 2005, p. 698.

7.2. Habiéndose acreditado que el agente abusó de su oficio de chofer para perpetrar el delito, aunque no cabe inhabilitación principal, cabe la denominada **"inhabilitación accesoria"**[13] en aplicación del citado artículo 39 del Código Penal[14], al haberse acreditado que el encausado desempeñó el **oficio de conductor del vehículo incautado.**

Ante el abuso del oficio de chofer cabe una inhabilitación accesoria

7.3. Dicho criterio jurisprudencial, además resulta acorde con la finalidad teleológica que subyace en las inhabilitaciones enumeradas en materia de tráfico ilícito de drogas según el artículo 297 del Código Penal, cuyo núcleo duro argumental, radica en sancionar el abuso de la instrumentalización de profesión, función, cargo, comisión, empleo, comercio, entre otros; en el caso concreto el empleo o función de conductor de vehículos.

Finalidad teleológica de las inhabilitaciones en el art. 297 del CP

7.4. La inhabilitación, traducida en clave constitucional, se entiende como una limitación al derecho de trabajo reconocido por el artículo 22 de la Constitución Política del Estado, cuyo contenido esencial implica dos aspectos, esto es, el de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa[15]. Debiendo precisarse que la adopción accesoria de la referida inhabilitación no vacía de contenido el derecho constitucional involucrado. En efecto, si, como quedó dicho, la legitimación del *ius puniendi* en la parcela de dichas actividades lesivas es evidente[16];

Inhabilitación al ejercicio de un determinado oficio no vacía de contenido el derecho al trabajo

13 "El ponente, considera que habría técnicamente que denominarla inhabilitación adicional".

14 La inhabilitación se impondrá como pena accesoria cuando el hecho punible cometido por el condenado constituye abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio industria, patria potestad, tutela, curatela, o actividad regulada por ley. Se extiende por igual tiempo de la pena principal.

15 Ver fundamento 12 de la sentencia recaída en el expediente N.° 1124-2001-AA/TC, del 11 de julio del 2002.

16 El Tribunal Constitucional, consciente de la problemática del país y de la política de interés nacional de lucha contra el tráfico ilícito de drogas, recalco que: "El delito de tráfico ilícito de drogas, por afectación que produce al cuadro material de valores que consagra la Constitución es considerado como uno de los ilícitos penales más graves. Es un delito de acción múltiple que socava las bases culturales, políticas y económicas de la sociedad, pues su existencia y propagación afecta en grado sumo diversos valores e instituciones básicas de todo Estado social y democrático de derecho, tales como el principio-derecho de dignidad de la persona (artículo l), la familia (artículo 4), la educación (artículos 13 al 18), el trabajo (artículos 22 y 23), la paz social (inciso 22 del artículo 2), entre otros".

En efecto, uno de los problemas más serios de nuestro mundo actual, al que ningún país ha sido ajeno, incluso ni con el uso de sofisticadas formas de control y fuertes cantidades de dinero asignadas para librarse de él, es —qué duda cabe—el tráfico ilícito de droga

y además, la Inhabilitación en el empleo **o cargo de conductor o transportista no vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional,** atendiendo a la multiplicidad de actividades en que en el futuro pueda desempeñar el sentenciado.

7.5. Es innegable que el legislador, tal y como ha regulado la pena de inhabilitación y en concreto la prevista en el inciso 7 del artículo 36 del Código Penal (la suspensión de la autorización para conducir cualquier tipo de vehículo), quiere evitar que el condenado ; pueda valerse de su condición para perpetrar delitos futuros, esto es, la regulación legal ciertamente también está pensada hacía adelante; asignándole un plus de penalidad que se aplica a aquel que se ha prevalido de ciertas condiciones que el ordenamiento jurídico administrativo le otorgó y que defraudó.

Art. 36.7 del CP: finalidad

7.6. De esta forma, el presente precedente vinculante, se engarza con la "obligación constitucional del Estado peruano de diseñar una política criminal eficiente para sancionar el tráfico ilícito de drogas", criminalizando el delito de tráfico ilícito de drogas con penas severas proporcionales a los bienes constitucionalmente protegidos que se afligen; lo contrario, significaría incurrir en una infracción constitucional por parte de las autoridades competentes para ello. Y es que no debe olvidarse que el carácter pluriofensivo del delito de tráfico ilícito de drogas en relación con los valores básicos del orden constitucional pone en estado de alarma y peligro las bases sociales y

Obligación constitucional del Estado peruano de diseñar una política criminal eficiente ante el tráfico ilícito de drogas

---

[delincuencia organizada o institucionalizada del tráfico ilícito de droga]. Se trata de una actividad ilícita en la que sus miembros haciendo gala de su poder corruptor, influencias y suficientes recursos económicos, impiden que sus organizaciones sean descubiertas y sus integrantes identificados. Es, pues, el poder económico de estas organizaciones lo que les permite corromper a las fuerzas del orden y a la administración de justicia, y enfrentar públicamente a los gobiernos, atacando a las fuerzas armadas, a los miembros del sistema judicial y a la policía, y atentando contra las personas y los bienes públicos y privados. Este poder les permite también, a través de artilugios, alterar el orden legal, a fin de evadir sanciones [los miembros de estas organizaciones, especialmente quienes las dirigen y controlan permanecen en la clandestinidad, pues ocultan sus verdaderas identidades] y coapta los órganos del poder político con el propósito de manipular las decisiones o de orientarlas hacía rumbos que favorecen su accionar delictivo. Desde esta perspectiva, el artículo 8 de la Constitución ha establecido que es obligación del Estado peruano combatir y sancionar el tráfico ilícito de drogas. Para tal efecto, la propia Norma Fundamental ha conferido atribuciones a órganos autónomos, como es el caso del Ministerio Público, que en cuanto titular de la acción penal pública y titular de la cargo de la prueba, tiene por función conducir desde su inicio la investigación del delito, siendo en este caso la Policía Nacional la entidad obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función (artículo 159, incisos 4 y 5, de la Constitución). Es función de la Policía Nacional del Perú prevenir, investigar y combatir la delincuencia (artículo 166 de la Constitución). Ver sentencia del 23 de octubre del 2012, EXP. N.° 03154-2011-PHC/TC LA LIBERTAD.

amenaza la propia existencia del Estado. Se trata, en definitiva, de una tarea constitucionalmente exigible al Estado peruano para que adopte las diversas mediad legislativas y administrativas destinadas a sancionar eficazmente dicho delito.

7.7. En consecuencia, en tanto el legislador amplíe los supuestos inhabilitadores contenidos en el artículo 297 del Código Penal, abarcando la incapacidad para conducir vehículos, se deberá proceder conforme a lo expuesto en el acápite 7.2. de la presente Ejecutoria suprema.

7.8. De otro lado, cabe precisar que al no ser factible realizar una reforma peyorativa, el lapso de la sanción solo puede ser en este caso de tres años (tiempo fijado en la sentencia recurrida).

DECISIÓN

Por ello, administrando justicia a nombre del pueblo, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, acordaron:

I. DECLARAR NO HABER NULIDAD en la sentencia de veintisiete de septiembre del dos mil once —folios cuatrocientos ochenta y siete a quinientos diez— emitida por la Sala Mixta Descentralizada Transitoria del VRAE-Pichari de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, que condenó a don Luís Alberto Quispe Cabezas como autor del delito contra la salud pública en la modalidad de tráfico ilícito de drogas —transporte de pasta de básica de cocaína con fines de comercialización agravada— en agravio del Estado, imponiéndole dieciocho años de pena privativa de libertad; fijando en la suma de treinta mil nuevos soles que deberá abonar el sentenciado en forma solidaria la reparación civil con su cosentenciado.

II. DECLARAR HABER NULIDAD, en la referida sentencia en el extremo que le impusieron al condenado don Luís Alberto Quispe Cabezas la pena de inhabilitación —**principal**— prevista en los incisos **1, 2, 4, 5 y 8 del artículo 36** del Código Penal; y **REFORMÁNDOLA DEJARON SIN EFECTO** dicho extremo conforme a lo expuesto en los fundamentos jurídicos 5, 6 y *7* de la presente Ejecutoria suprema; en consecuencia **IMPUSIERON** al citado sentenciado la pena de inhabilitación accesoria por el término de tres años; confirmándose en lo demás que contiene.

III. ESTABLECER COMO PRECEDENTE VINCULANTE los criterios expuestos en los fundamentos 5, 6 y 7 de la presente Ejecutoria.

IV. DISPUSIERON la publicación del precedente vinculante en el diario oficial *El Peruano*. Hágase saber.

Interviene el señor juez supremo Santa María Morillo por vacaciones del señor juez supremo Villa Stein.

S.S.

RODRÍGUEZ TINEO / PARIONA PASTRANA / SALAS ARENAS / NEYRA FLORES / SANTA MARÍA MORILLO

II.
APLICACIÓN DE LA PENA

1.
RECURSO DE NULIDAD N.º 2116-2014-LIMA
CONCURSO REAL RETROSPECTIVO

Recurso de Nulidad	**N.° 2116-2014-Lima**
Fecha	27.08.2015
Procedencia	Sala Penal Transitoria
Ponente	Víctor Prado Saldarriaga
Tema	Concurso real retrospectivo
Precedente vinculante	ff. jj. n.ºs: 10-15
Concordancia	Código Penal: arts. 50 y 51 Código de Procedimientos Penales: arts. 285 y 301-A

SUMILLA:

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N.° 2116-2014
LIMA

Lima, veintisiete de agosto del dos mil quince.

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por el encausado Hembert Vladimir Barrutia Bonilla, contra la sentencia de fojas ochocientos noventa, del treinta de enero de dos mil catorce. De conformidad, en parte, con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal. Interviene como ponente el señor Prado Saldarriaga

CONSIDERANDO

I. Sobre los agravios expuestos

Primero: El encausado Barrutia Bonilla, en su recurso formalizado de fojas novecientos cuatro, solicita se revoque la condena y se le absuelva de la acusación fiscal formulada en su contra, para lo cual alega:

a) Que no existen elementos probatorios que acrediten su responsabilidad, pues la agraviada no reconoció a ninguno de sus victimarios como los autores del hecho.

b) Que si bien el teléfono celular de donde se realizaron las llamadas para estafar a la víctima está a nombre de su hermano Simbala Bonilla, no se tomó en cuenta que este lo tramitó a pedido del recurrente, quien, a la vez, lo entregó a su coprocesado Rosas Almeyda o Pérez Romey para ayudarlo, pues la hija de este lo usaría con fines lícitos fuera del penal.

c) Que no existe contradicción alguna en sus declaraciones.

d) Que no se fundamentó debidamente la prueba indiciaria invocada en la sentencia; es más, con la declaración de su coprocesado Rosas Almeyda se acredita su inocencia.

e) Que conforme con la tesis de la acusación fiscal, su intervención sería en la figura de infracción culposa, conforme con el segundo párrafo, del artículo doce, del Código Penal.

f) Que no existe prueba alguna que acredite que su hermano Simbala Bonilla haya adquirido el chip con la finalidad de ingresarlo al penal y posteriormente sea utilizado en fines ilícitos.

g) Que el recurrente nunca supo que su coprocesado Rosas Almeyda daría un mal uso al chip que requirió a su hermano, pues actuó de buena fe; por tanto, su conducta resulta irrelevante penalmente.

h) Que el único responsable de los hechos materia de investigación sería el acusado Élmer Rosas Almeyda o Ángel Francisco Pérez Romey, quien no solo admitió haber realizado las llamadas telefónicas para estafar a la agraviada, pues también manifestó que las realizó junto con Danny Daniel Lara Grados. Sin embargo, pese al pedido de su abogado defensor, no se llamó a declarar a dicha persona, quien podría haber aclarado los hechos investigados.

i) Finalmente, aduce que la actividad que realizó su hermano Simbala Bonilla resulta penalmente irrelevante, pues tampoco se acreditó que este haya formado parte de un plan delictivo tendiente a perpetrar la estafa imputada, y que lo único que hizo es confiar en el pedido de su hermano,

por lo que en sí solo se le atribuyen actos preparatorios, que escapan a su responsabilidad penal.

II. Respecto de los hechos imputados

Segundo: En la acusación fiscal de fojas seiscientos setenta y ocho, se imputa a Rolando Simbala Bonilla, Hembert Vladimir Barrutia Bonilla, Élmer Rosas Almeyda o Ángel Francisco Pérez Romey y Prudencia Carrera Ruiz, haber incurrido en el delito de estafa. Que el hecho imputado habría ocurrido entre los días dos y diez de marzo de dos mil once, al haberse procurado para sí, un provecho ilícito pecuniario en perjuicio de Francisca Isabel Peña Tordoya, a quien indujeron y mantuvieron en error mediante engaño. Que para perpetrar el acto ilícito se comunicaron vía telefónica con la agraviada y uno de ellos se identificó como abogado defensor de su hijo Luis Enrique Diez Peña, quien radica en los Estados Unidos, el mismo que presuntamente habría atropellado a una persona y por eso se encontraba recluido, por lo que le requirió una suma de dinero para asumir la defensa de su hijo y para pagar a los familiares de la víctima una supuesta reparación económica. Ante tal situación, la agraviada, convencida de lo que lo manifestado por Simbala Bonilla era cierto, en su estado de desesperación efectuó dos retiros de siete mil soles del Banco de la Nación y un préstamo de dos mil soles ante esta misma entidad bancaria; Finalmente, hizo entrega de los dieciséis mil soles a un sujeto no identificado, a petición de uno de los estafadores.

III. Absolución de los agravios

Tercero. Lo materialidad del delito objeto de imputación —estafa, previsto en el artículo ciento noventa y seis, del Código Penal— se acredita con el atestado policial número doscientos veintidós-doce-DIRINCRI-PNP/DIVIEOD-D dos [fojas ciento treinta y seis], mediante el cual se determinó que la agraviada Peña Tordoya fue víctima de engaño.

Así, durante las investigaciones se determinó que los delincuentes realizaron diversas llamadas al teléfono fijo de su domicilio, entre el dos y siete de marzo de dos mil once, en las cuales le manifestaron que su hijo, quien residía en los Estados Unidos, había atropellado a una persona y se encontraba detenido. Este atestado está respaldado con la sindicación de la víctima —fojas diecinueve y ciento cincuenta y uno—, quien narró la forma y circunstancias cómo la estafaron; así, sostuvo que el sujeto que la llamó se hizo pasar como abogado y le manifestó que se haría cargo de la defensa de su hijo; para ello, debería entregarle una suma de dinero; mas como no tenía lo solicitado, le ofreció catorce mil nuevos soles. Solicitó un préstamo bancario de dos mil nuevos soles y, finalmente, le entregó dieciséis mil nuevos soles, más artefactos para completar sus honorarios y otros gastos de la supuesta víctima del atropello.

Cuarto: En cuanto a la vinculación del encausado Barrutia Bonilla, si bien no se aprecia prueba directa alguna, cierto es que existen indicios suficientes y convergentes que acreditan su responsabilidad en el ilícito imputado, por los siguientes motivos:

a) Según el registro de llamadas entrantes al teléfono fijo de la agraviada Peña Tordoya, esta recibió dieciocho llamadas entre los días dos y siete de marzo de dos mil once, del teléfono celular número nueve nueve ocho dos cuatro uno nueve seis ocho (ver reporte de llamadas entrantes de fojas seis).

b) El número de teléfono celular antes consignado está registrado a nombre de Rolando Simbala Bonilla, hermano del encausado Barrutia Bonilla y las llamadas salientes de este número coinciden con las registradas en el reporte del teléfono de la agraviada (ver hoja de resumen de la empresa Nextel de fojas ciento catorce).

c) Según versión del encausado Simbala Bonilla, fue su hermano Barrutia Bonilla quien le solicitó que le tramite un equipo telefónico, supuestamente para ayudar a uno de sus compañeros internos del penal (ver declaraciones de fojas ciento cuarenta y cuatro, doscientos seis y setecientos noventa y tres).

d) Tal versión, también fue admitida por el encausado Barrutia Bonilla, quien adujo que a insistencia de su coencausado Rosas Almeyda le solicitó a su hermano un chip en plan pospago, supuestamente para ayudar a Rosas Almeyda, pues le entregaría dicho chip a su hija para que lo trabaje como una especie de "locutorio ambulante" (fojas doscientos cincuenta y uno, cuatrocientos setenta y cuatro y setecientos ochenta y cuatro).

Quinto: Que en virtud a las afirmaciones expuestas y conforme lo sustentó el Colegiado Superior al emitir la sentencia materia de análisis —ver fundamento jurídico tercero—, existe un indicio de mala justificación en la versión exculpatoria del encausado Barrutia Bonilla; pues resulta ilógico e incoherente, de acuerdo con las reglas y las máximas de la experiencia, que una persona que se encuentra fuera de un establecimiento penitenciario solicite ayuda, en la forma como los encausados involucrados sostienen, a un interno del penal; por ello, también resulta absurdo sostener que desconocía del mal uso que su coencausado Rosas Almeyda daría a la línea telefónica; es más, si esta persona se encontraba recluida y, según el certificado de antecedentes penales que obra en autos, era un prontuariado delincuente que registraba seis condenas por diversos delitos contra el patrimonio (véase fojas quinientos treinta y siete).

Sexto: Que si bien el encausado Barrutia Bonilla mantiene una negativa constante, debe advertirse que tal actitud, así como los agravios que expone en su recurso de nulidad, carecen de sustento para ser validados; especialmente porque él también registra diversos procesos por este mismo delito y por otro contra la fe pública. En efecto, según sus antecedentes penales, que obran en el expediente, el veinte de julio

de dos mil once fue condenado a dieciséis años de pena privativa de libertad, por los delitos de falsificación de documentos y estafa, en perjuicio de Hipermercados Metro, Scotiabank y otros; condena que fue confirmada el cinco de diciembre de dos mil once, mediante sentencia expedida por la Primera Sala Penal con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima —ver fojas quinientos treinta y cuatro—. En atención a lo expuesto, este Supremo Tribunal concluye que el encausado recurrente tiene por modo de vida cometer este tipo de delitos; por tanto, se asume que el delito materia de análisis, así como la responsabilidad que alcanza a dicho encausado se encuentran debidamente acreditados. Que en el caso concreto, los delincuentes, sometieron a engaños a la víctima, haciéndole creer que le llamaba telefónicamente el abogado de su hijo, y así provocaron un error en ella brindándole falsa información; de esa manera hicieron que voluntariamente la agraviada se desprenda de su patrimonio —véase *vouchers* de fojas siete y nueve—, para ellos beneficiarse económicamente.

Por consiguiente, los argumentos que se exponen en su recurso impugnatorio, solo están dirigidos a evadir su responsabilidad penal, en la medida que la condena recurrida se respalda en material indiciario que legitima el sentido de la decisión.

Séptimo: En consecuencia, al haberse desvirtuado la presunción de inocencia que asistía al encausado Barrutia Bonilla, de conformidad con lo previsto en el artículo doscientos ochenta y cinco, del Código de Procedimientos Penales, la sentencia condenatoria recurrida se encuentra conforme a Ley.

IV. Sobre el *quantum* punitivo impuesto en el presente caso

Octavo: No obstante lo expuesto, este Supremo Tribunal puede revisar, en lo que sea favorable al imputado, la sanción impuesta. En tal sentido, se advierte que se impuso al encausado Barrutia Bonilla una sanción superior al límite legal, esto es, diez años de pena privativa de libertad, aun cuando la pena máxima conminada para el delito materia de condena era de seis años de pena privativa de libertad. Que, para imponer dicha sanción, el Colegiado Superior precisó —ver fundamento jurídico cuarto, numeral dos— que el imputado registra antecedentes penales, ya que fue condenado anteriormente a dieciséis años de pena privativa de libertad por los delitos de falsificación de documento público y estafa, por lo que consideró —aunque no expresamente—, que se trataba de un reincidente.

Noveno: Sin embargo, el órgano de fallo no advirtió que del certificado de registro penitenciario correspondiente se aprecia que la única condena que el sentenciado registra data de una fecha posterior a los hechos materia de análisis. Esto es, del veinte de julio de dos mil once, mientras que los hechos que originaron el presente proceso son de marzo de dos mil once. Por lo que, en el presente caso, se configura un concurso real retrospectivo, que según lo dispuesto en el artículo cincuenta y uno, del Código Sustantivo, se suscita cuando con posterioridad a

una sentencia condenatoria se descubre otro hecho punible cometido antes de ella por el mismo condenado.

V. Sobre el concurso real de delitos y el concurso real retrospectivo

Décimo: El concurso real de delitos tiene lugar cuando un mismo agente, con varias acciones independientes, comete también, sucesivamente, varios delitos independientes. Como esclarece con precisión Villavicencio Terreros[1]: "El concurso real se caracteriza por presentar pluralidad de acciones y, por ello, constituye la contrapartida del concurso ideal". Este tipo de concurso de delitos requiere, pues, para su realización, de los siguientes requisitos: a) Pluralidad de acciones, b) Pluralidad de delitos independientes, c) Unidad de autor.

Concurso real de delitos

Décimo primero: Para la determinación de la pena concreta en el concurso real de delitos el texto original del artículo cincuenta, del Código Penal, regulaba el siguiente procedimiento: primero, para la determinación de la pena básica se elegía la pena más grave de las conminadas para los delitos integrantes del concurso. Regía, pues, en esta primera fase, el Principio de Absorción. Luego, los demás delitos de menor gravedad eran considerados como circunstancias agravantes específicas que hacían posible definir la extensión de la pena concreta.

Principio de absorción

Esto es, con ellos se podía graduar dicha pena, a fin de alcanzar la más severa represión. En esta operación complementaria primaba, pues, el denominado Principio de Absorción.

Décimo segundo: Ahora bien, la reforma introducida en el artículo cincuenta, por la Ley veintiocho mil setecientos treinta, del trece de mayo de dos mil seis, incorporó como principio rector de la determinación judicial de la pena en el concurso real de delitos al Principio de Acumulación. En consecuencia, para estos casos, en la actualidad la pena se determina desarrollando el procedimiento siguiente: primero se debe definir una pena básica y una concreta parcial para cada delito integrante del concurso. Esto es, inicialmente se señalará la pena básica, en atención a la penalidad conminada para el ilícito. Posteriormente, se definirá la pena concreta que corresponda a ese delito y a las circunstancias concurrentes en su comisión. Finalmente, se sumarán las penas concretas parciales obtenidas para cada delito, lo que aportará como resultado la pena concreta total del concurso real. Sin embargo, esta pena resultante deberá someterse a un examen de validación, a fin de verificar que no exceda de treinta y cinco años si es

Determinación de la pena y principios de acumulación

1 Villavicencio Terrenos, Felipe, *Derecho penal. Parte general.* Lima: Grijley, 2006, p. 703.

pena privativa de libertad. Que tampoco el resultado punitivo obtenido supere el doble de la pena concreta parcial obtenida para el delito más grave. Y que si uno de los delitos en concurso resulta sancionable con una pena concreta parcial de cadena perpetua, solo se considerara tal sanción privativa de libertad indeterminada como la única pena concreta del concurso de delitos, excluyéndose, en tal supuesto, las demás penas concretas parciales.

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

Concurso real retrospectivo

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

Imposición de pena y concurso real restrospectivo

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

Concurso real retrospectivo y pena concreta

número cuatro-dos mil nueve/CJ-ciento dieciséis (Cfr. fundamento jurídico octavo).

Décimo sexto: Al haberse ratificado con esta resolución el procedimiento pertinente para aplicar la pena frente a casos de concurso real retrospectivo, corresponde otorgar a dicha interpretación jurisprudencial el carácter de precedente vinculante, en aplicación de lo autorizado por el inciso uno, del artículo trescientos uno-A, del Código de Procedimientos Penales.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon:

I. NO HABER NULIDAD en la sentencia de fojas ochocientos noventa, del treinta de enero de dos mil catorce, en el extremo que condenó a Hembert Vladimir Barrutia Bonilla, como autor del delito contra el patrimonio, en la modalidad de estafa, en perjuicio de Francisca Isabel Peña Tordoya, y como tal le fijó en veinte mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar junto con los demás sentenciados a favor de la parte agraviada.

II. HABER NULIDAD en la misma sentencia, en cuanto le impuso diez años de pena privativa de libertad; reformándola: le **IMPUSIERON** seis años de pena privativa de libertad, sumada a los dieciséis años de pena impuesta en la sentencia del veinte de julio de dos mil once (Expediente número dieciocho mil ochocientos veintinueve-dos mil diez), confirmada por sentencia del cinco de diciembre de dos mil once, produce una pena total de veintidós años, la misma que con el descuento de carcelería que purga desde el veinte de abril de dos mil ocho, vencerá el diecinueve de abril de dos mil treinta.

III. DIPUSIERON que los fundamentos jurídicos décimo al décimo quinto de la presente Ejecutoria constituyen precedente vinculante. **ORDENARON** su publicación en el diario oficial *El Peruano*, y en el portal de la página web del Poder Judicial. Y los devolvieron.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO / PRADO SALDARRIAGA / SALAS ARENAS / BARRIOS ALVARADO / PRÍNCIPE TRUJILLO

2.
RECURSO DE NULIDAD N.º 3864-2013-JUNÍN
DETERMINACIÓN JUDICIAL DE PENAS PRINCIPALES CONJUNTAS

Recurso de Nulidad	**N.° 3864-2013-Junín**
Fecha	08.09.2014
Procedencia	Sala Penal Transitoria
Ponente	Víctor Prado Saldarriaga
Tema	Determinación judicial de penas principales conjuntas
Precedente vinculante	ff. jj. n.os 5-9
Concordancia	Código Penal: arts. 38 y 296 (primer párrafo) Código de Procedimientos Penales: art. 301-A

SUMILLA:
La determinación judicial de la pena en su etapa de individualización de la pena concreta, define el estándar cualitativo y cuantitativo de la sanción que deberá cumplir el condenado sobre la base de las circunstancias atenuantes o agravantes que concurran en el caso sub iúdice y que permitirán identificar la mayor o menor gravedad del hecho punible cometido; así como la mayor o menor intensidad de la culpabilidad que alcanza a su autor o partícipe. Por consiguiente, al tratarse de penas conminadas conjuntas, la pena concreta debe quedar integrada por todas las penas principales consideradas para el delito cometido y aplicadas sobre la base de las mismas circunstancias o reglas de reducción por bonificación procesal concurrentes. De tal forma que el resultado punitivo debe fijar la extensión y calidad de cada una de las penas conjuntas en función al mismo examen y valoración realizado por el órgano jurisdiccional.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N.° 3864-2013
JUNÍN

Lima, ocho de septiembre del dos mil catorce

VISTO: El recurso de nulidad interpuesto por la acusada Maribel Verónica Andrade Da Silva, contra la sentencia conformada de fojas trescientos cuarenta, del veintiocho de octubre del dos mil trece; y de conformidad en parte con el dictamen de la señora fiscal adjunta suprema en lo Penal.

Interviene como ponente el señor Prado Saldarriaga.

CONSIDERANDO

I. Fundamentos del recurso impugnatorio

Primero: Que la procesada Maribel Verónica Andrade Da Silva, en su recurso formalizado de fojas trescientos ochenta y tres, alega que si bien al inicio del juicio oral se sometió a la conclusión anticipada del juicio oral prevista en el artículo cinco de la Ley número veintiocho mil ciento veintidós, y admitió su responsabilidad en los hechos materia de imputación, el Tribunal de instancia no ponderó que desconocía de la sustancia ilícita que trasladaba en la maleta que portaba, limitándose a aceptar el monto económico ofrecido, el cual necesitaba para tratarse de los males que la aquejaban, sin conocer de la antijuridicidad de su conducta (error de prohibición vencible o invencible), por lo que se configura en su caso una causal de exculpación. Que ello se acredita con la documentación que adjunta a su recurso, por lo que solicita la anulación de la condena y pena impuesta y se le absuelva de los cargos imputados.

II. Hechos imputados

Segundo: Que en la acusación fiscal de fojas doscientos treinta y ocho, se atribuye a Maribel Verónica Andrade Da Silva, la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas, en su modalidad de favorecimiento al consumo ilegal de drogas tóxicas mediante actos de tráfico, en su forma agravada, en perjuicio del Estado peruano. Que aproximadamente a las tres horas, del trece de agosto del dos mil doce, cuando personal policial de la División Antidrogas de Huancayo y del Control Ecológico de la Garita de La Oroya, intervino el vehículo de la Empresa de Transportes GM-Internacional, de placa de rodaje WdosM-novecientos cincuenta, procedente de Tingo María con destino a la ciudad de Lima y en su bodega se ubicó la maleta de lona, de color negro y plomo, marca Newest, la cual estaba asegurada con un candado marca Forte y tenía engrampado el tique de equipaje número veinticinco mil novecientos veintidós. Al abrirse dicha maleta se encontraron camuflados, entre una colcha polar, una almohada y un sacón, un total de veintiún paquetes de forma rectangular que contenían una sustancia blanquecina pulverulenta, con un peso de quince kilogramos con seiscientos noventa y tres gramos, que al ser sometida a la prueba de campo, arrojó positivo para clorhidrato de cocaína, como se registra en el informe pericial de química para drogas número nueve mil ciento uno/doce de fojas doce. Al indagar la policía respecto al propietario de dicho equipaje, se verificó que pertenecía a la procesada Andrade Da Silva, quien viajaba en el asiento número cincuenta y cinco, con boleto de viaje número cero cero noventa y dos mil doce, al cual, además, le correspondía el tique de equipaje número veinticinco mil novecientos veintidós.

III. Absolución de los agravios

Tercero: Que en el caso *sub lite,* se advierte que la pretensión impugnatoria de la recurrente está dirigida a obtener su absolución (exención de culpabilidad), porque

habría incurrido en error de prohibición, al desconocer que trasladaba droga en la maleta que le entregó una persona de nombre Ambrosio Kárate lo que aceptó por el estado de necesidad que atravesaba, según la documentación que adjuntó a su recurso impugnatorio.

Cuarto: Que, sin embargo, al tratarse de una sentencia conformada, el Tribunal de instancia no puede apreciar prueba alguna, no solo porque no puede generarse esta, sino, también, porque la ausencia del contradictorio y el propio allanamiento de la parte acusada a los cargos imputados, no autoriza a valorar los actos de investigación y demás actuaciones que se realizaron en la etapa de instrucción. Que esto último constituye criterio jurisprudencial vinculante, establecido en el fundamento jurídico noveno, del Acuerdo Plenario número cinco-dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis, del dieciocho de julio del dos mil ocho (Conclusión anticipada del juicio oral, pluralidad de acusados y ruptura del proceso); por lo que los agravios propuestos por la impugnante resultan infundados.

Sentencia conformada y valoración de pruebas

IV. Graduación de las penas de multa e inhabilitación

Quinto: Que pese o no ser amparables los agravios planteados por la recurrente, encontrándose habilitado este Supremo Tribunal para revisar en lo que sea favorable al imputado las sanciones impuestas, cabe señalar que la parte especial del Código Penal incorpora delitos cuya penalidad está constituida por dos o más penas principales. A esta modalidad de conminación penal se le denomina "penas conjuntas". Su característica esencial radica en que, en estos casos, la pena concreta que se aplique al autor o partícipe del delito deberá incluir todas las penas principales conminadas por la Ley.

Penas conjuntas

Sexto: La determinación judicial de la pena en su etapa de individualización de la pena concreta, define el estándar cualitativo y cuantitativo de la sanción que deberá cumplir el condenado sobre la base de las circunstancias atenuantes o agravantes que concurran en el caso *sub iúdice* y que permitirán identificar la mayor o menor gravedad del hecho punible cometido; así como la mayor o menor intensidad de la culpabilidad que alcanza a su autor o partícipe. Por consiguiente, al tratarse de penas conminadas conjuntas, la pena concreta debe quedar integrada por todas las penas principales consideradas para el delito cometido y aplicadas sobre la base de las mismas circunstancias o reglas de reducción por bonificación procesal concurrentes. De tal forma que el resultado punitivo debe fijar la extensión y calidad de cada una de las penas conjuntas en función al mismo examen y valoración realizado por el órgano jurisdiccional.

Determinación judicial de la pena: penas conjuntas

Séptimo: En atención a lo expuesto, no es explicable, en el presente caso, que el resultado punitivo en la pena privativa de libertad, en la de multa e inhabilitación, que integran la penalidad conjunta del delito de tráfico ilícito de drogas, previsto en el artículo doscientos noventa y seis, primer párrafo, del Código Penal, tengan una extensión concreta muy diferente una de otra. Esto es, que la pena privativa de libertad sea por debajo del mínimo legal; que la pena de multa sea equivalente al mínimo legal y que la pena de inhabilitación alcance el máximo legal.

Octavo: En consecuencia, pues se deben reducir proporcionalmente las penas de multa e inhabilitación en función a una extensión porcentual equivalente a la que se ha establecido para la pena privativa de libertad.

Reducción de la inhabilitación

Sin embargo, cabe precisar también que al tener la pena de inhabilitación en el artículo treinta y ocho del Código Penal un estándar mínimo genérico de seis meses, la aplicación concreta de esta clase de pena para el caso *sub iúdice* debe graduarse prudencialmente, a fin de que no pierda su sentido y eficacia punitiva.

Noveno: En ese contexto, para la reducción proporcional de la pena de multa debe tomarse como base del cálculo porcentual, los diez años de privación de libertad impuestos a la recurrente, que representan un estándar por debajo del mínimo legal establecido para dicha clase de sanción.

Reducción proporcional de la pena

Luego de haberse efectuado la operación correspondiente (regla de tres simple) se tiene que la diferencia de cinco años, de los diez años de privación de libertad y los quince años que fija la Ley como margen mínimo de punición, representan el treinta y tres punto treinta y tres por ciento de reducción que el Tribunal de instancia estableció para la pena privativa de libertad; por lo que aplicando igual escala a la pena de multa, se obtiene, finalmente, ciento diecinueve días multa.

Décimo: Que al haberse establecido en esta resolución el procedimiento para determinar las penas de multa e inhabilitación, cuando concurran como penas conjuntas y principales, corresponde otorgar a dicha interpretación jurisprudencial el carácter de precedente vinculante en aplicación de lo autorizado por el inciso uno, del artículo trescientos uno-A, del Código de Procedimientos Penales.

Décimo primero: Que en relación con la pena de multa el señor juez supremo Salas Arenas tiene un criterio distinto al que comparten los demás integrantes que suscriben esta ejecutoria, por lo que los fundamentos y efectos de su posición se consignarán en el correspondiente voto singular.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon:

I) Por unanimidad, NO HABER NULIDAD en la sentencia de fojas trescientos cuarenta, del veintiocho de octubre del dos mil trece, que condenó a Maribel Verónica Andrade Da Silva como autora del delito contra la salud pública en la modalidad de tráfico ilícito de drogas-favorecimiento al consumo ilegal de drogas tóxicas mediante actos de tráfico en su forma agravada, en agravio del Estado peruano; y como tal le impuso diez años de pena privativa de libertad, fijando en la suma de cincuenta mil soles el monto por concepto de reparación civil que deberá pagar a favor de la parte agraviada.

II) Por unanimidad, HABER NULIDAD en el extremo que impuso a la condenada cinco años de pena de inhabilitación, conforme con el artículo treinta y seis, inciso dos, del Código Penal; reformándola: **FIJARON** un año de pena de inhabilitación.

III) Por mayoría, HABER NULIDAD en cuanto se impuso ciento ochenta días multa; reformándola: **IMPUSIERON** ciento diecinueve días multa, con una cuota dineraria diaria equivalente al veinticinco por ciento de su ingreso promedio diario.

IV) Por unanimidad, NO HABER NULIDAD en lo demás que al respecto contiene dicha sentencia.

V) Por unanimidad, DISPUSIERON que los fundamentos jurídicos cinco, seis, siete, ocho y nueve de esta Ejecutoria constituyen precedente vinculante. **ORDENARON** su publicación en el diario oficial *El Peruano,* y en el portal o página web del Poder Judicial. Y los devolvieron.

S.S.
SAN MARTÍN CASTRO / **PRADO SALDARRIAGA** / RODRÍGUEZ TINEO / SALAS ARENAS / PRÍNCIPE TRUJILLO

LA SECRETARÍA DE LA SALA PENAL TRANSITORIA, DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, CERTIFICA QUE EL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR SALAS ARENAS, EN CUANTO A 1) LA IMPOSICIÓN DE LA PENA DE MULTA E INHABILITACIÓN EN FORMA PROPORCIONAL A LA DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD FIJADA. 2) EL IMPACTO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LAS PENAS DE MULTA E INHABILITACIÓN, ES COMO SIGUE:

Lima, ocho de septiembre del dos mil catorce.

DE LA PROPORCIONALIDAD EN LA IMPOSICIÓN DE LA PENA

Proporcionalidad

La proporcionalidad de las dimensiones o magnitudes importa la conformidad o proporción de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí (concepto de *proporcionalidad* según la Real Academia Española).

Proporcionalidad de la pena

En virtud a tal principio, el *quantum* fijado sobre la base de criterios objetivos, debe expresar el sentido de que a una mayor o menor gravedad debe corresponder una mayor o menor pena, de tal forma que si se determinara la privación de libertad en su extremo mínimo, las copenalidades de multa e inhabilitación deberán, en principio, ser fijadas también en sus extremos mínimos. Constatada la presencia de desproporción, procede la corrección tomando como base la pena privativa de libertad impuesta respecto de su mínimo legal o, en su caso, del extremo máximo conminado, teniendo siempre en cuenta el principio de *non reformatio in peius*.

Corrección de la desproporción

IMPOSICIÓN DE LA PENA DE MULTA E INHABILITACIÓN EN FORMA PROPORCIONAL A LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD

ENCAUSADO	PENAS EN SU EXTREMO MÍNIMO	IMPOSICIÓN SEGÚN SENTENCIA	IMPOSICIÓN EN FORMA PROPORCIONAL RESPECTO DEL MÍNIMO LEGAL
MARIBEL VERÓNICA ANDRADE DA SILVA	15 AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD	10 AÑOS	10 AÑOS
	180 DÍAS MULTA	180 DÍAS MULTA	119 DÍAS MULTA
	6 MESES DE INHABILITACIÓN	5 AÑOS	4 MESES

Tráfico ilícito de drogas: sanción penal

El legislador ha considerado que la sanción, en el caso de conductas ligadas al tráfico de drogas debe incidir, en principio, en dos variantes de la libertad ambulatoria propiamente (prisión) y la libertad de ejercer atribuciones diversas (inhabilitaciones), y además en el patrimonio (la multa); claramente la conducta ilícita genera múltiples y predeterminadas consecuencias, tanto en el terreno penal como en el ámbito civil.

La sanción de inhabilitación que corresponde por el delito de tráfico ilícito de drogas es principal y el artículo treinta y ocho del Código

Sanción de inhabilitación

Penal fija el plazo mínimo y máximo de la sanción a imponerse, el cual debe ser observado al determinar la pena específica y de existir beneficio premial por confesión sincera o conclusión anticipada, el descuento correspondiente debe alcanzar a todas las penas aplicables y no solo a la privativa de libertad, como limitativamente se hace. De igual forma, el incremento o reducción de la pena impuesta en primera instancia, debe alcanzar a todas las copenalidades impuestas y la corrección proporcional como remedio ante una indebida determinación de la dimensión de las sanciones conjuntas, debe alcanzar a la inhabilitación en la misma relación, considerando los límites legales dejando de lado la arbitrariedad tanto más que existe norma delimitadora.

Alcances de la variabilidad de la sanción

Variabilidad de la sanción: jurisprudencia

Este criterio ha sido expresado en diversos pronunciamientos anteriores del suscrito; así, como fundamento adicional, en el recurso de nulidad N.° 26-2014 de Ayacucho, de diecinueve de agosto del dos mil catorce; como voto singular recaído en el recurso de nulidad N.° 3894-2013 de Loreto, de veintinueve de agosto del dos mil catorce, aplicando el descuento a la pena de multa como se plasma en la presente ejecutoria vinculante, y desarrollando la proporcionalidad de las penas en la Ejecutoria N.° 3458-2013 de Lambayeque, haciendo extensiva su aplicación a la pena de inhabilitación. Sin embargo, este último criterio (reconocer a la inhabilitación como pena que debe ser proporcional a las de multa y privativa de libertad), aún no ha sido aceptado al considerar que al imponerla por debajo del límite inferior de seis meses, perdería su sentido y eficacia, criterio que el suscrito no comparte, dado que el legislador ha establecido límites de punición que deben ser observados, y si la pena privativa de libertad se impone por debajo del mínimo legal, lo propio debe hacerse con las copenalidades de multa o inhabilitación. No cabe duda que allí donde la pena (entendida como sanción integral) no sea proporcional solo cabe reducirla o aumentarla según sea el caso, y para la reducción en los casos de penas por debajo del mínimo legal es posible hacer el cálculo proporcional tomando en cuenta la dimensión porcentual respecto del mínimo legal de pena privativa de libertad que se impuso y aplicarlo a las penas de multa e inhabilitación, sin embargo, cuando la pena se encuentra dentro de los márgenes previstos por la norma debe aplicarse tomando en cuenta el plazo de pena entre el mínimo y el máximo legal, como en el siguiente cuadro que no agota el tema[1]:

Inhabilitación y proporcionalidad

Variabilidad de la pena

1 Primer párrafo, artículo 296 del CP. El que promueve, favorece o facilita el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, mediante actos de fabricación o tráfico, o las posea con este último fin, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años, con ciento ochenta

PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD (DE 8 A 15 AÑOS)	MULTA (DE 180 A 365 DÍAS MULTA)	INHABILITACIÓN DE 6 MESES A 5 AÑOS (MESES DE 30 DÍAS; DE 180 A 1800 DÍAS) PARA DELITOS COMETIDOS ANTES DEL 18 DE ENERO DEL 2013
8	180	180
9	206	411
10	232	642
11	258	873
12	284	1104
13	310	1335
14	336	1566
15	365	1800

Así, si la pena privativa de libertad impuesta fuera de nueve años, corresponderá imponer doscientos seis días multa y cuatrocientos once días de inhabilitación (un año, un mes y veintiún días), no nueve años de la primera, ciento ochenta días multa y cinco años de inhabilitación, como suele hacerse, puesto que ello constituye una expresión de arbitrariedad en su imposición.

DEL IMPACTO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LAS PENAS DE MULTA E INHABILITACIÓN

1. En el análisis interpretativo del sentido del artículo cuarenta y siete, del Código Penal, resulta relevante tener en cuenta los siguientes aspectos:

Cómputo de la detención sufrida

i) El primer párrafo, del citado dispositivo legal, establece que la privación de la libertad, decidida intraproceso penal, al decretarse el mandato de detención, reviste importancia gravitante para el descuento del *quantum* de la pena de la misma naturaleza que se fijará en el estadio resolutivo del proceso penal; de tal forma que incide a razón de un día de prisión preventiva por cada día de pena privativa de libertad.

ii) Por mandato del segundo párrafo, del referido artículo, la pena privativa de libertad también surtirá efectos compensatorios y, en su caso, cancelatorios, sobre las penas de multa e inhabilitación, conforme con el marco tasado estipulado en dicha norma: "Si la pena correspondiente al hecho punible es la de multa o limitativa de derechos, la detención se computará a razón de dos días de dichas penas, por cada día de detención".

a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación, conforme con el artículo 36, incisos 1, 2 y 4.

iii) El reconocimiento legal de las consecuencias reduccionistas de la privación preventiva de libertad (en realidad compensatorias), debe surtir efectos aun cuando la pena privativa de libertad se fijase como suspendida de efectividad; y a partir del principio de legalidad, se concluye que el tiempo de detención sufrido por el procesado debe surtir efectos parcial o totalmente cancelatorios en las penas de multa e inhabilitación que los jueces deben observar descontando lo pertinente o, de corresponder, darlas por cumplidas (esto es, compurgadas).

ENCAUSADO	FECHA DE DETENCIÓN	SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA	DÍAS DE DETENCIÓN (un día antes de la fecha emisión de la citada sentencia)	IMPOSICIÓN CONCRETA PENA DE MULTA E INHABILITACIÓN	APLICACIÓN DE SEGUNDO PARR., ART. 14, C.P. (1X2)	ESTADO DE CUMPLIMIENTO
Maribel Verónica Andrade Da silva	13 de agosto del 2012	28 de octubre del 2013	441 días de detención	MULTA 119 Días multa	MULTA 441x2=882 duplica de días de detención dimensión mayor que 119 días multa	MULTA COMPURGADA
				INHABILITACIÓN 4 meses (equivale a 120 días)	INHABILITACIÓN 441x2 =882 duplica de días de detención dimensión mayor que 120 días de inhabilitación	INHABILITACIÓN COMPURGADA

2. En consecuencia, en el presente caso, la encausada honró con su libertad provisionalmente afectada (hasta antes de la emisión de la sentencia) la dimensión temporal de inhabilitación y pecuniaria de la multa (pagó con su libertad), conforme con el cuadro ilustrativo siguiente:

DECISIÓN

Por ello, impartiendo justicia a nombre del pueblo, **MI VOTO** es porque se declare:

I. HABER NULIDAD en cuanto le impuso la pena de ciento ochenta días multa e inhabilitación por el plazo de cinco años. **REFORMANDOLAS, IMPONER** ciento diecinueve días multa e inhabilitación por el plazo de cuatro meses.

II. Se declaren compurgadas las penas de multa e inhabilitación impuestas a doña Maribel Verónica Andrade da Silva; y se devuelva.

S.
SALAS ARENAS

3.
RECURSO DE NULIDAD N.° 4052-2004-AYACUCHO
REFUNDICIÓN DE PENAS EN EL CONCURSO REAL RETROSPECTIVO Y EL BENEFICIO PENITENCIARIO

Recurso de Nulidad	**N.° 4052-2004-Ayacucho**
Fecha	10.02.2005
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponente	César San Martín Castro
Tema	Refundición de penas en el concurso real retrospectivo y el beneficio penitenciario
Precedente vinculante	ff. jj. n.os 4 y 5
Concordancia	Código Penal: arts. 48, 50 y 296 Código de Ejecución Penal: arts. 48, 50, 51 Código de Procedimientos Penales: art. 301-A Ley N.° 26320: art. 4
SUMILLA: Cuando se produce la refundición de penas como consecuencia de un concurso real retrospectivo, es de entenderse que finalmente la condena es una sola o única, esto es, que el resultado que se obtiene es una pena única refundida [...] que, en el presente caso, como medió una refundición de penas con el resultado de una pena única, no se está ante el impedimento regulado en el artículo cuatro de la Ley número veintiséis mil trescientos veinte.	

CORTE SUPREMA DE JUSITICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N.° 4052-2004
AYACUCHO

Lima, diez de febrero del dos mil cinco.

VISTOS: el Recurso de Nulidad interpuesto por el sentenciado Delfin Delgadillo Vargas contra el auto de vista ed fojas ochenta y cuatro, del veinticinco de marzo de dos mil cuatro, que confirmando el auto de primera instancia de fojas sesenta y siete, su fecha diecinueve de enero de dos mil cuatro, declara improcedente el beneficio penitenciario de semilibertad solicitada por el citado imputado; con lo expuesto por la señora Fiscal Suprema en lo Penal.

CONSIDERANDO

Primero: Que este Supremo Tribunal conoce del presente Recurso de Nulidad por haberse declarado fundado el Recurso de Queja interpuesto por el sentenciado Delgadillo Vargas, conforme es de verse de la Ejecutoria Suprema de fojas ciento cinco, su fecha veinte de septiembre de dos mil cuatro.

Segundo: Que en primera y segunda instancia se denegó el beneficio penitenciario de semilibertad solicitado por el sentenciado Delgadillo Vargas porque, en primer lugar, mediante sentencia de fojas siete, de fecha once de junio de dos mil uno, fue condenado por delito de tráfico ilícito de drogas —tipo básico, artículo doscientos noventa y seis del Código Penal—, a seis años de pena privativa de libertad; y, en segundo lugar, por sentencia de fojas trece con fecha catorce de diciembre del dos mil uno, fue condenado por delito de tráfico ilícito de drogas —tipo básico, artículo doscientos noventa y seis del Código Penal—, a siete años de pena privativa de libertad; que, sin embargo, ambas condenas fueron refundidas por auto superior de fojas veintiocho, su fecha veintidós de mayo de dos mil dos, que dispuso que la primera pena se refunda en la segunda, considerándose como única, la cual vencerá el veinticuatro de mayo de dos mil ocho; que, no obstante ello, el Juez Penal y el Tribunal Superior estimaron que el artículo cuatro de la Ley número veintiséis mil trescientos veinte prohíbe la semilibertad puesto que el imputado sufrió dos condenas y la citada norma, que solo permite dicho beneficio respecto del delito previsto en el artículo doscientos noventa y seis del Código Penal, condiciona su concesión "... siempre que se trate de la primera condena a pena privativa de libertad".

Problemática de la semilibertad en el caso de penas refundidas

Tercero: Que el imputado en su recurso formalizado de fojas noventa y tres cuestiona la expresada interpretación señalando que nunca tuvo doble ingreso al penal para ser considerado reincidente, y que al refundirse las dos penas que se le impuso ha quedado con una sola pena, y que negarle la posibilidad de semilibertad desconociendo la refundición le restaría a dicha institución uno de sus principales efectos.

Funciones del concurso real retrospectivo

Cuarto: Que, ahora bien, el tratamiento del concurso real retrospectivo, en el caso de juzgamientos sucesivos y en orden a la imposición de la pena, apunta, de un lado, a evitar que el condenado sea tratado más severamente que lo que hubiese sido si el juzgamiento de sus infracciones hubiera tenido lugar simultáneamente; y, de otro lado, a imponer una sola pena que sea proporcionada a la responsabilidad del agente, en tanto que el juez no puede acumular las penas; que la respuesta penal en caso de concurso real no puede estar condicionada a factores procesales

referidos a la persecución, al conocimiento por la autoridad de la comisión del injusto y a la fecha de enjuiciamiento, de ahí que la pena única se impone como exigencia e incluso de tratamiento penitenciario; que, siendo así, cuando la ley prohíbe un beneficio penitenciario a quien ha sido objeto de una condena anterior no puede entenderse que está referida al dato formal de la existencia de una sentencia, pues esta incluso puede comprender varios hechos típicos juzgados simultáneamente, de modo que si el análisis de la norma el resultado interpretativo incorporaría un factor de desigualdad irrazonable cuando, por circunstancias derivadas de la persecución penal, no se acumularon hechos delictivos en un solo proceso antes de la sentencia.

La condena anterior y la prohibición del beneficio penitenciario

Quinto: Que, en consecuencia, cuando se produce la refundición de penas como consecuencia de un concurso real retrospectivo, es de entenderse que finalmente la condena es una sola o única, esto es, que el resultado que se obtiene es una pena única refundida —que, por lo demás, no necesariamente significa sin más que la pena mayor absorba a la pena menor, sino que para el tratamiento punitivo único es de rigor tener como criterio rector lo que establece la concordancia de los artículos cincuenta y cuarenta y ocho del Código Penal—; que, en el presente caso, como medió una refundición de penas con el resultado de una pena única, no se está ante el impedimento regulado en el artículo cuatro de la Ley número veintiséis mil trescientos veinte.

Refundición de penas en el concurso real restrospectivo

Sexto: Que revisando la documentación acompañada y, en especial, el informe de readaptación social de fojas cincuenta y uno, se tiene que el interno Delgadillo Vargas cumple con los requisitos legales para acceder a la semilibertad, en tanto que no existen motivos preventivos especiales que eviten una prognosis favorable de no reiteración delictiva; que es de aplicación dispuesto en los artículos cuarenta y ocho y cincuenta y cincuenta y uno del Código de Ejecución Penal.

Séptimo: Que, dado el carácter general de la interpretación de los alcances del artículo cuatro de la Ley número veintiséis mil trescientos veinte en cuanto a lo que debe entenderse por *"primera condena a pena privativa de libertad"* en relación con la refundición de penas, corresponde disponer su carácter de precedente vinculante en sus fundamentos jurídicos cuarto y quinto, en aplicación a lo dispuesto en el apartado uno del artículo trescientos uno- A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve.

Criterios de interpretación de la primera condena a pena privativa de libertad

DECISIÓN

Por estos fundamentos: declararon **HABER NULIDAD** en el auto de vista de fojas ochenta y cuatro, del veinticinco de marzo de dos mil cuatro, que confirmando el auto de primera instancia de fojas sesenta y siete, su fecha diecinueve de enero de dos mil cuatro, declara improcedente el beneficio penitenciario de semilibertad solicitado por el interno Delfin Delgadillo Vargas; revocando el primero y reformando el segundo: declararon **PROCEDENTE** el beneficio penitenciario de semilibertad; **FIJARON** como reglas de conducta: a) pernoctar en su domicilio mientras dure el tiempo de la pena que resta por cumplir; b) someterse a control de la autoridad penitenciaria y del Ministerio Público; c) acreditar en el plazo de treinta días la actividad laboral o educativa que realiza; d) no frecuentar lugares de dudosa reputación; e) no ausentarse del lugar de su residencia sin autorización del Juez; f) concurrir personal y obligatoriamente al Juzgado para informar y justificar sus actividades; g) reparar los daños ocasionados por el delito; y, h) no tener en su poder o bajo su control objetos susceptibles de facilitar la realización del delito de tráfico ilícito de drogas; **MANDARON** se cursen las comunicaciones establecidas por el Reglamento del Código de Ejecución Penal, y se notifique al interno de las reglas de conducta Apuestas en esta resolución y las obligaciones impuestas por el Código de Ejecución Penal y su Reglamento; **ORDENARON** la inmediata libertad del interno Delfin Delgadillo Vargas, que se ejecutará siempre que no exista orden de detención emanada de autoridad competente; **DISPUSIERON** que los fundamentos jurídicos cuarto y quinto de la presente Ejecutoria constituyen precedente vinculante; **ORDENARON** que este fallo se publique en el diario oficial *El Peruano*; y los devolvieron.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO / PALACIOS VILLAR / QUINTANILLA CHACON / LECAROS CORNEJO / MOLINA ORDOÑEZ

III.
LAS CONVERSIONES

1.
CASACIÓN N.º 382-2012-LA LIBERTAD
LA CONVERSIÓN DE LA PENA Y SUS CONDICIONES

Casación	**N.º 382-2012-La Libertad**
Fecha	17.10.2013
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponente	Josué Pariona Pastrana
Tema	Alcances interpretativos de la conversión de la pena, y la aplicación de la libertad anticipada
Doctrina jurisprudencial vinculante	f. j. n.º: III
Concordancia	Código Penal: arts. 45-47, 52-54, 57, 59 y 60 Nuevo Código Procesal Penal: arts. 427.4, 429.3 y 491

SUMILLA:

2. "El Instituto penal de la conversión de pena puede ser definido como la conmutación de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia, por una sanción de distinta naturaleza. En el caso del derecho penal peruano la posibilidades de conversión de la pena privativa de libertad son dos: conversión en penas de multa o conversión en pena limitativas de derechos de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres". (...).

3. Para que proceda esta medida alternativa se exige las siguientes condiciones: **i)** que la pena impuesta en la sentencia condenatoria no exceda de dos o cuatro años de pena privativa de libertad; y, **ii)** que en el caso concreto como requisito especial exige que no sea posible aplicar al sentenciado una suspensión de la ejecución de la pena o una reserva del fallo condenatorio.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 382-2012
LA LIBERTAD

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, diecisiete de octubre de dos mil trece

VISTOS; el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal Superior a cincuenta y cinco, contra la sentencia de vista del catorce de mayo de dos mil doce, que por mayoría, revocó la resolución del veintidós de marzo de dos mil doce, que declaró procedente la conversión de pena solicitada por la defensa del sentenciado Carlos Raúl Arroyo Guevara. Interviniendo como ponente el señor juez supremo Pariona Pastrana.

FUNDAMENTO DE HECHO

I. Del itinerario de la causa en primera instancia

Primero. Mediante sentencia anticipada del quince de octubre de dos mil nueve, obrante a fojas uno, el Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo, resolvió aprobar el acuerdo provisional de terminación anticipada que arribaron las partes, y condenó a Carlos Raúl Arroyo Guevara como autor del delito de omisión de asistencia familiar, en agravio de Cintia Nicolle Arroyo Nieves, y como tal se le impuso la pena de dos años y seis meses de privación de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de un año, a condición de que cumpla con las reglas de conducta contenidas en la precitada resolución, entre ellas: "Cumplir con el pago de las pensiones alimenticias devengadas en el modo y forma como se ha acordado"; bajo apercibimiento de aplicarse los artículos cincuenta y nueve y sesenta del Código Penal en caso de incumplimiento de cualquiera de las reglas de conducta, pudiendo de ser el caso, revocarse la suspensión y hacer efectiva la pena en el establecimiento penal correspondiente. Dicha resolución fue declarada consentida mediante resolución del diez de diciembre del dos mil nueve, obrante a fojas veintitrés.

Segundo. Que, el proceso se inició y terminó con arreglo a la normatividad del Nuevo Código Procesal Penal, a mérito de lo cual, en ejecución de sentencia, y ante la renuencia del sentenciado Carlos Raúl Arroyo Guevara de cumplir con las reglas de conducta impuesta, a solicitud del Ministerio Público, se realizó el requerimiento de prórroga de suspensión condicional de la pena solicitado por el Fiscal, quedando registrado en el acta de audiencia de prórroga del primero de octubre de dos mil diez a fojas seis, donde se declaró fundado el requerimiento del representante del Ministerio Público, disponiéndose la prórroga por el plazo de dos años y seis meses de pena privativa de libertad, requiriendo al citado sentenciado para que cumpla con cancelar la suma de mil doscientos veinte con veintiocho nuevos soles, así como registrar su firma en el libro de sentenciados del Ministerio Público en el plazo de treinta días hábiles, bajo apercibimiento de solicitarse la revocatoria de la suspensión de pena y hacerse efectiva la misma. En el mismo acto, ambas partes prestaron su conformidad con lo resuelto por el Juzgado de Investigación Preparatoria.

Tercero. Que, mediante resolución del once de julio de dos mil once, obrante a fojas ocho, y ante el incumplimiento del saldo del pago de los devengados y registrar su firma en el plazo señalado por el órgano jurisdiccional, el Juzgado de Investigación Preparatoria declaró fundado el requerimiento de revocatoria presentado por el Ministerio Público, y revocó la suspensión de la ejecución de la pena del citado sentenciado, ordenando que se haga efectiva la misma por el período de dos años y seis meses de pena privativa de libertad en el Establecimiento Penitenciario de Trujillo I-El Milagro [varones], cursándose las requisitorias para la ubicación y captura, y capturado que sea, se disponga el internamiento en el penal antes citado. Ante lo cual la defensa planteó el requerimiento de dejar sin efecto la revocatoria de suspensión de pena, solicitud declarada infundada y apelada por ambos sujetos procesales.

Cuarto. Ante dichas impugnaciones la Primera Sala Penal de Apelaciones de Trujillo, por unanimidad, confirmó el auto que declaró infundada la solicitud de dejar sin efecto la revocatoria de la condicionalidad de pena, dejando a salvo el derecho del imputado apelante en cuanto estime conveniente entablar nueva discusión en el modo y forma de ley conforme lo dispone el artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal, con lo cual concluyó las incidencias relativas a la revocatoria de la condicionalidad de pena.

Quinto. Sin embargo, el sentenciado Arroyo Guevara mediante escrito de fojas trece, solicita conversión de pena, argumentando que en ejecución de la pena impuesta la suspensión fue revocada y esta se varió a efectiva, disponiéndose su ingreso al Penal para el cumplimiento de la pena impuesta en la sentencia anticipada. Agrega que posterior a la revocatoria de la suspensión de pena, cumplió con cancelar el monto total de los devengados, para lo cual invocó el inciso uno del artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal, que prescribe que el condenado según corresponda podrá plantear ante el Juez de investigación Preparatoria incidentes relativos a la conversión y revocación de conversión de las penas.

Contra el referido auto la defensa del citado condenado formuló recurso de apelación, conforme es de verse a fojas treinta. Este recurso fue concedido mediante resolución del veintiocho de marzo de dos mil doce, obrante a fojas treinta y tres.

II. Del trámite recursal en segunda instancia

Sexto. La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad por resolución del trece de abril de dos mil doce a fojas treinta y ocho, resuelve correr traslado a las partes procesales por el término de cinco días, cumplido el trámite que su naturaleza corresponde, mediante resolución del dos de mayo de dos mil doce, obrante a fojas cuarenta y dos, resuelve admitir el recurso de apelación interpuesto contra la resolución que declaró improcedente la conversión de pena, señalándose fecha y hora para la audiencia de apelación, la que se concretó

conforme al acta de registro de audiencia de apelación, con la presencia del señor Fiscal Superior y el abogado de la parte condenada, oportunidad en la que se dictó el auto de vista del catorce de mayo de dos mil doce fojas cuarenta y siete, cuya transcripción corre a fojas setenta, que por mayoría, revocó el auto venido en grado; y reformándola: declararon fundada la solicitud de conversión de pena de dos años y seis meses, en consecuencia: la convirtieron en pena de prestación de servicios a la comunidad, en razón de siete días de privación de libertad, por una jornada de prestación de servicio a la comunidad y ello en razón de la cantidad de pena impuesta, que es más de dos años, por lo que no procede pena de multa, para lo cual esta pena de prestación de servicio a la comunidad deberá ser implementada por el Juez de ejecución en coordinación con la institución pública correspondiente, bajo apercibimiento en caso de incumplimiento.

El voto en minoría señala que como la discrepancia está referida a la oportunidad de la formulación del requerimiento de la conversión de pena, se debe considerar, que la conversión de pena conforme las disposiciones contenidas en el Código Penal, es de utilidad práctica, cuando se realiza el proceso de ejecución de sentencia, específicamente al momento de determinar la pena, por ello, ha precluido la oportunidad de poder efectuar el proceso de conversión y así de esta forma el procesado en condición de condenado acogerse a este instituto jurídico [...] concluyendo que su voto en discrepancia es porque se confirme la resolución de primera instancia que declaró improcedente la conversión de pena.

III. Del trámite del recurso de casación interpuesto por la Fiscalía Superior

Sétimo. Leído el auto de vista, el señor Fiscal Superior interpuso recurso de casación mediante escrito a fojas cincuenta y cinco, introduce dos motivos de casación: a) para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial —inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal—; b) indebida aplicación, una errónea interpretación o falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación —inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal—. Concedido el recurso por auto del trece de junio de dos mil doce a fojas sesenta y siete, se elevó a este Supremo Tribunal, para los fines correspondientes.

Octavo. Cumplido el trámite de traslado a las partes respectivas, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria del treinta de noviembre de dos mil doce a fojas veintiuno —cuaderno de casación—, en uso de sus facultades, declaró bien concedido el recurso interpuesto por el Ministerio Público por la causal "si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesaria para su aplicación", prevista en el apartado tercero del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, señalando en el considerando tercero, que: **i)** el representante del Ministerio Público invoca como tema propuesto "la correcta interpretación de la

institución jurídica de la conversión de la pena a efecto de uniformar criterios en la jurisprudencia nacional", al referir que el hecho que la norma faculte al juez de la investigación preparatoria para conocer los temas relativos a incidentes en la etapa de ejecución, no hace más que reiterar la función de dicho Juez en su calidad de ejecutor, y en absoluto otorga un mecanismo procesal para solicitar una conversión de la pena en etapa de ejecución de sentencia, por lo que ha existido una errónea interpretación del ordenamiento penal en general a raíz de una mala aplicación de la interpretación sistemática que intenta dar sustento procesal a una institución perteneciente al derecho sustantivo, y por tanto sólo modificable por aquel".

Noveno. Deliberada la causa en secreto y votada en el día de la fecha, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública —con las partes que asistan— se realizará por la Secretaria de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Del ámbito de la casación

Primero. Conforme ha sido establecido en la Ejecutoria Suprema de fojas veintisiete, del once de enero de dos mil doce, el motivo de casación admitido es "la correcta interpretación de la institución jurídica de la conversión de la pena a efecto de uniformar criterios en la jurisprudencia nacional", al referir que el hecho que la norma faculte al juez de la investigación preparatoria para conocer los temas relativos a incidentes en la etapa de ejecución, no hace más que reiterar la función de dicho Juez en su calidad de ejecutor, y en absoluto otorga un mecanismo procesal para solicitar una conversión de la pena en etapa de ejecución de sentencia, por lo que ha existido una errónea interpretación del ordenamiento penal en general a raíz de una mala aplicación de la interpretación sistemática que intenta dar sustento procesal a una institución perteneciente al derecho sustantivo, y por tanto sólo modificable por aquel".

Motivo del recurso de Casación

Segundo. Sobre el particular el señor Fiscal Superior, en su recurso formalizado a fojas cincuenta y cinco, señala lo siguiente: **i)** la máxima instancia judicial debe uniformizar criterios para la correcta interpretación jurídica de la institución jurídica de conversión de pena; **ii)** No comparte el criterio de la Sala de Apelaciones, que sostiene que lo estipulado en el inciso uno del artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal, importa la existencia de una nueva forma de conversión de pena, la misma que tendría una naturaleza procesal, y en mérito a una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico penal, se tendría la existencia de dos clases de conversión de pena, una de carácter sustantivo que prevé el artículo cincuenta y dos del Código

Penal, que en su oportunidad al momento de la individuación o determinación judicial de la pena, y otra de carácter procesal prevista en el inciso uno del artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal, el cual tiene su oportunidad durante la ejecución de sentencia; **iii)** discrepa de la interpretación que hace el operador judicial porque considera que es cierto que el artículo invocado prevé la regulación de incidentes relativos a la conversión o revocatoria de la conversión de pena durante la etapa de ejecución, sin embargo, existe una errónea interpretación en cuanto al término "incidente", ya que por incidente se entiende toda aquella situación suscitada relativa a una institución procesal determinada, situación que se da en toda sentencia condenatoria a ejecutarse, el hecho que se faculte al juez para conocer los temas relativos a incidentes en etapa de ejecución, no hace más que reiterar la función de dicho juez en calidad de ejecutor, y en absoluto otorga un mecanismo procesal para solicitar una conversión de pena en etapa de ejecución de sentencia; **iv)** la impugnada da una sustanciación amplia a la figura jurídica de la libertad anticipada, cuya conceptualización es diferente a la institución de conversión de pena, ya que ésta última tiene presupuestos distintos a la primera, sostener lo contrario sería desnaturalizar ambas instituciones.

Considera-ciones del fiscal superior

II. Del pronunciamiento de la Sala de Apelación

Tercero. El auto de vista impugnado en casación, que revocó la resolución de primera instancia que declaró improcedente la conversión de pena, cuya transcripción obra a fojas setenta, precisa que: **a)** La Sala ya tiene una posición en mayoría, en situaciones similares a otorgar la libertad en la fórmula de libertad anticipada, sin embargo el pedido que se hace es a través de la conversión de pena. El Ministerio Público, ha dicho que la conversión de pena se da a nivel de determinación judicial de la pena concreta, según las reglas del Código Penal, para la individualización de la pena, pero, también es cierto que a través del artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal, se ha incorporado la figura de conversión de pena a nivel de ejecución, de tal manera que, haciendo una interpretación sistemática de la leyes penales sustantiva y procesal existiría una conversión de pena a efecto de determinación de pena concreta, y también existiría una a nivel de ejecución de pena, tal como lo estipula expresa y literalmente el artículo invocado; **b)** la Sala cita los pronunciamientos de la Primera Sala Penal de apelaciones que tiene la práctica de otorgar la libertad anticipada a través de la conversión de pena, criterio que fue abordado por un Pleno de las Salas Superiores Penales donde se optó por viabilizar los casos de libertad anticipada con reglas de conducta o libertad anticipada a

Ámbito de aplicación de la con-versión de la pena

través de la conversión de pena privativa de libertad, por ello no se pude vincular la conversión con los fines de la pena, toda vez que la conversión solicitada se da en el marco de la ejecución de una condena y por tanto son otras las consideraciones que se deben evaluar para la procedencia de la conversión de pena en ejecución, y sin duda los criterios para seguir esta línea interpretativa, son aquellas que marcan los principios constitucionales que orientan los fines de las penas; **c)** en este caso, tenemos a un ciudadano detenido a consecuencia de haber incumplido de manera parcial las reglas de conductas impuestas en sentencia anticipada, por ello el Juzgado decretó la revocatoria de la pena suspendida. El sentenciado tiene otras obligaciones alimenticias, no existiendo información si es reincidente en esta clase delitos además que según la Constitución no hay prisión por deudas salvo los de omisión de asistencia familiar, por ello, la Sala considera que la situación del condenado no resulta compatible con los fines de penas, en tal sentido mantener en prisión al condenado por el tiempo de la condena revocada, le impediría seguir tutelando el derecho a prestar alimentos a la víctima, lo cual tiene que ver con los fines de la prevención del delito; **d)** Además, la Sala considera que el delito no es de gravedad y peligrosidad, puesto que el autor con un solo día de carcelería ya puede sentir el efecto intimidatorio de la pena, por ello, al entender el condenado cual es la consecuencia de omitir el cumplir con deber alimenticio, ya que canceló el íntegro de las pensiones devengadas, y no siendo compatible mantener presa a un persona, ya que atenta con los fines institucionales de las penas, el auto venido en grado debe ser revocado.

Criterios para la procedencia de la conversión de la pena

Incongruencia entre la pena imputada y sus fines

III. Del motivo casacional. Para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial

Cuarto. El objeto de análisis para esta Sala Suprema es la necesidad de desarrollo de la doctrina jurisprudencial respecto a la libertad anticipada y la conversión de la pena. Si la primera es un mecanismo procesal previsto en la ley para solicitar una conversión de pena en la etapa de ejecución de la sentencia.

A. Sobre la conversión de la pena

1. El Código Penal vigente ha considerado cinco modalidades alternativas a la prisión efectiva que son las siguientes: **a)** sustitución de pena privativa de libertad; **b)** conversión de pena privativa de libertad; **c)** suspensión de la ejecución de la pena; d) reserva del fallo condenatorio; **d)** exención de pena. De las cuales la que tiene mayor aplicación es la suspensión de la ejecución de la pena y en menor grado

Modalidades alternativas a la prisión efectiva

la reserva del fallo condenatorio y en un porcentaje casi nulo las demás medidas alternativas.

2. "El Instituto penal de la conversión de pena puede ser definido como la conmutación de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia, por una sanción de distinta naturaleza. En el caso del derecho penal peruano la posibilidades de conversión de la pena privativa de libertad son dos: conversión en penas de multa o conversión en pena limitativas de derechos de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres". (Víctor Roberto Prado Saldarriaga. Código Penal en los Estudios Preliminares referente al Código Penal. Editorial Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación, página treinta y dos).

Contenido jurídico de la conversión de la pena

3. Para que proceda esta medida alternativa se exige las siguientes condiciones: **i)** que la pena impuesta en la sentencia condenatoria no exceda de dos o cuatro años de pena privativa de libertad; y, **ii)** que en el caso concreto como requisito especial exige que no sea posible aplicar al sentenciado una suspensión de la ejecución de la pena o una reserva del fallo condenatorio.

Condiciones para la conversión de la pena

4. El artículo cincuenta y dos del Código Penal es el marco normativo en el cual reposa la conversión de la pena privativa de libertad, precisando dicha norma que en los casos que no fuera procedente la condena condicional o la reserva del fallo condenatorio, el juez podrá convenir la pena privativa de libertad no mayor de dos años en otra de multa, o la pena privativa de libertad no mayor de cuatro años en otra de prestación de servicios a la comunidad, o limitación de días libres, a razón de un día de privación de libertad por día de multa, siete días de privación de libertad por una jornada de prestación de servicios a la comunidad o por una jornada de limitación de días libres.

Regulación de la conversión de la pena privativa de libertad

5. Literalmente la norma señala "En los casos que no fuera procedente la condena condicional o la reserva del fallo condenatorio el Juez podrá convertir la pena...". Además, que los tipos de pena sustituidos en la conversión de la pena son: prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres y multa.

6. Los artículos cincuenta y tres y cincuenta y cuatro del Código Penal contemplan como causales de revocación de la pena, que el condenado no cumpla en forma injustificada con el pago de multa o de prestación de servicio o con la jornada de limitación de días libres, lo cual se diferencia de las penas suspendidas o reserva del fallo, que señalan una serie de reglas de conductas impuestas por el juez en la sentencia.

Causales de revocación de la pena

B. Momento de la conversión de la pena

1. El artículo cuarenta y seis del Código Penal señala que para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el juez atenderá a la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificativas de la responsabilidad, considerando las circunstancias genéricas señalas en el artículo invocado. A su vez, el último párrafo del artículo cuarenta y siete del código penal establece que la pena correspondiente al hecho punible es la de multa o limitativas de derechos, la detención se computará a razón de dos días de dichas penas por cada día de detención. Queda claro entonces que es de asumir que en la sentencia se deberá fundamentar la razón de la pena a imponer o pena sustitutiva elegida, ya que ésta última resulta una medida alternativa de carácter subsidiaria frente a las otras penas que regula el Código Penal.

Criterios para la determinación de la pena

2. En efecto, si en un proceso penal se determinó la responsabilidad penal de una persona respecto al delito cometido, siendo condenado a pena privativa de libertad suspendida bajo ciertas reglas de conductas, resulta imperativo que ésta deba ser cumplida en el plazo y modo señalado en la ley; toda vez, que la conversión de pena es una alternativa que establece el Código Penal frente a la imposición de una pena efectiva de corta duración y de descarte de la suspensión de la ejecución de la pena o reserva del fallo condenatorio. Entonces, se tiene que por expresa disposición normativa la conversión de pena se efectúa al momento de emitirse sentencia; toda vez que opera residualmente, es decir, cuando no procede la condena condicional o reserva del fallo, y como éstas se determinan al emitirse sentencia, la conversión de pena por otra alternativa se realizará al momento de emitirse sentencia.

Carácter residual de la conversión de la pena

3. El inciso dos del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, señala que ninguna autoridad puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámites, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución, lo cual implica que la sentencia se cumpla en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley, tampoco se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámites, tal como lo establece el artículo cuarto del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Obligación de hacer efectiva las resoluciones

4. Existe una duda válida, que tiene trascendentales efectos prácticos, en torno al momento de aplicación del instituto de conversión de pena. Al respecto, existen dos posturas que sintetizan el estado actual.

Momento de aplicación de la conversión de la pena

Una primera postura considera que la medida alternativa de conversión de pena solamente opera durante la expedición de la sentencia, la emisión de la sentencia realizada a través de un pronunciamiento jurisdiccional. El efecto principal de optar por esta postura es que no pueda ser ejercida nuevamente con la finalidad de desnaturalizar los otros sustitutos alternativos de la pena.

Conversión de pena durante la expedición de sentencia

Una segunda postura considera que opera también en la fase de ejecución de sentencia. Esta postura señala que apelando a una interpretación sistemática de "todo el capítulo de la conversión de la pena", lleva a la otra conclusión también jurídica válida y justa, de que su aplicación puede hacerse en fase de ejecución de sentencia; toda vez, que el Código Penal no ha contemplado en forma expresa la conversión de penas en la etapa de ejecución, sin embargo, tampoco está prohibida.

Conversión de la pena durante la fase de ejecución de sentencia

5. Desde nuestra perspectiva la solución al problema se halla en diferenciar las medidas alternativas adoptadas por el Código Penal al momento de su aplicación, lo cual determinará sus efectos durante la fase de ejecución de sentencia. En efecto, al momento de emitir sentencia el Juez valora las circunstancias genéricas que prevén los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal, para impones una medida drástica que es la prisión efectiva, momento en el cual si descarta la condena condicional o la reserva del fallo condenatorio, convencido que la pena concreta a imponer debe ser efectiva, revalorará el pronunciamiento, y optará por las medidas alternativas, esto es, multa, prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres.

Diferenciación de las medidas alternativas al momento de su aplicación

6. De lo mencionado, es evidente que la actividad realizada para la conversión de pena por el Magistrado es referida al momento de la determinación judicial de la pena concreta, ya que en ese momento realiza una actividad estrictamente jurisdiccional y porque en el fallo debe fijarse la pena impuesta y a continuación debe acordarse la conversión, sostener que se pueda realizar en un momento posterior, implicará que se alteraría la autoridad de cosa juzgada, ya que se emitiría pronunciamiento sobre circunstancias no conocidas al momento que se determinó la pena concreta.

Momento de la determinación judicial de la pena concreta

7. Esta interpretación se ampara en que la conversión de pena es una institución con presupuestos y requisitos preestablecidos porque una de sus funciones es evitar que una persona ingrese a prisión, no sacarla de prisión.

8. Sobre las consideraciones precedentes, se concluye que la conversión de pena opera al momento de la emisión de la sentencia. La razón radica en el tipo de valoración que hace el Juez al momento de la determinación judicial de la pena concreta, puesto que al emitir el fallo valora la personalidad del agente y las circunstancias que rodean al hecho punible, para luego de un proceso intelectivo, declarar si procede o no la conversión de pena.

Momento en el que opera la conversión de la pena

C. La libertad anticipada

1. La libertad anticipada significa, que el sentenciado a pena privativa de libertad efectiva accede a su libertad antes del cumplimiento de la pena. El inciso tres del artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal, establece la figura de la libertad anticipada señalando: "Los incidentes relativos a la libertad anticipada, fuera de los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional y de la medida de seguridad privativa de libertad, y aquellos en los cuales, por su importancia, el juez de la investigación preparatoria lo estime necesario, serán resueltos en una audiencia oral, citando a los órganos de prueba que deben informar durante el debate". La misma norma en comento, invoca la figura de la libertad anticipada como una institución cuyo cauce procedimental se realizará vía incidental y, de otro lado, la distingue de los beneficios penitenciarios.

Regulación de la libertad anticipada

2. En efecto, no se advierte de la norma procesal los supuestos o causales que habiliten la aplicación de la libertad anticipada, ni se encuentra establecida en el Código Penal, en su capítulo III, donde regula los casos de conversión de la pena privativa de libertad, el Capítulo IV hace lo mismo respecto a la suspensión de la ejecución de la pena y el Capítulo V destina sus preceptos al desarrollo de la reserva del fallo condenatorio; del mismo modo, el Título V, del Libro I del Código sustantivo regula todo lo concerniente a la extinción de la acción penal y de la pena; tampoco alude dicha figura procesal el Código de Ejecución Penal donde establece la operatividad de los beneficios penitenciarios; por consiguiente, la libertad anticipada siendo una figura jurídica de carácter procesal no está regulada en ninguno de los Códigos anteriormente señalados.

Carencia de supuestos para la aplicación de la libertad anticipada

3. El artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal en sus respectivos incisos, lo que está haciendo es enumerar las respectivas incidencias [conversión y revocación de la conversión de penas, revocación de la suspensión de la ejecución de la pena y de la reserva del fallo condenatorio, y a la extinción o vencimiento de la pena] que modifican una sentencia en ejecución. Por ello, cuando la

Distinción entre la libertad anticipada y los beneficios penitenciarios

norma procesal hace la distinción entre libertad anticipada y beneficios penitenciarios, es una de género a especie, donde la libertad anticipada, no es otra cosa que la consecuencia o efecto de la aplicación de un beneficio de semilibertad o liberación condicional.

4. Este criterio es el que sigue el Tribunal Constitucional en el expediente número doce guión dos mil diez-PI-TC [considerando noventa y dos] señalando que "El único momento en que es posible verificar el grado de resocialización del penado, es cuando se presente la solicitud de aplicación del beneficio que genera libertad anticipada. De ahí que la ley penitenciaria aplicable es la que se encuentra vigente en la fecha en que se solicita el beneficio". De ahí que aplicar dicha institución de naturaleza procesal solo citada en la norma procesal, desnaturaliza el procedimiento de ejecución de sentencia y con ello instituciones procesales como la conversión de las penas, reserva del fallo condenatorio, suspensión de la pena privativa de libertad y los beneficios penitenciarios, que se encuentran desarrolladas en este ordenamiento jurídico vigente.

Efectos de la libertad anticipada

5. En tal sentido, el desarrollo de la libertad anticipada debe ser realizada por el Poder Legislativo, deviniendo en irregular su aplicación vía interpretación extensiva del artículo cuatrocientos noventa y uno, inciso tercero, del Código Procesal Penal, en tanto no exista regulación específica y motivada con fundamentos constitucionales al respecto, para no colisionar con los principios de legalidad, cosa juzgada y tutela jurisdiccional efectiva.

Deber de desarrollo legal de la libertad anticipada

6. En la Casación número ciento ochenta y nueve guión dos mil once, se estableció que: "...al no estar reglada la Libertad Anticipada en nuestro ordenamiento jurídico procesal existe impedimento normativo para que el Juez la otorgue; por tanto, si bien existe la necesidad de desarrollar repuestas jurídicas a los casos de petición de Libertad Anticipada, consideramos que ello debe ser realizado por el Poder Legislativo, por lo que no procede su aplicación, en tanto no exista regulación específica motivada con fundamentos constitucionales al respecto, que no colisionen con los derechos constitucionales, referidos al principio de legalidad, de cosa juzgada y tutela jurisdiccional efectiva, previstos en el artículo dos, acápite veinticuatro, inciso d), artículo ciento treinta y nueve, inciso dos y tres de la Constitución Política del Estado, respectivamente"; por consiguiente, no se puede pretender distinguir ahí donde la ley no distingue.

Condición para la aplicación de la libertad anticipada

IV. Análisis del caso concreto

1. Bajo este marco jurídico se analiza la materia controvertida, en la cual se advierte que al sentenciado Arroyo Guevara se le revocó la suspensión de ejecución de la pena por incumplimiento de las reglas de conductas; luego, interpuso la apelación contra el auto que declaró infundada la solicitud de dejar sin efecto la revocatoria de la condicionalidad, recayendo resolución confirmatoria emitida por la Sala Penal, sin embargo, pretende vía conversión de pena, desnaturalizar la medida alternativa de suspensión de la ejecución de la pena que se le impuso por el término de dos años y seis meses y bajo el cumplimiento de determinadas reglas de conductas, entre ellas la de cumplir con el pago de las pensiones alimenticias en el modo y forma como se acordó. En efecto, éste al incumplir dicha regla fue amonestado y al insistir en el incumplimiento del mandato judicial se prorrogó el plazo de prueba, acto en el cual se dispone requerirlo para el pago de devengados, bajo apercibimiento de revocatoria de la suspensión de la ejecución de la pena y hacerse efectiva; por lo que al continuar con la renuencia al cumplimiento del emplazamiento judicial se revocó el régimen de prueba e impuso la pena de dos años con seis meses de pena privativa de libertad efectiva, disponiéndose su internamiento en el establecimiento penal correspondiente, situación que conllevó al sentenciado presentar su solicitud para que se deje sin efecto dicha revocatoria, que fue declarada infundada por el Juez de Investigación Preparatoria, y confirmada por la Sala Penal Superior.

2. Luego, de denegado el pedido y encontrándose cumpliendo pena efectiva en una cárcel pública, presentó su solicitud de libertad anticipada, para que vía conversión de pena, se deje sin efecto el auto que revocó la suspensión de la ejecución de pena por prisión efectiva, declarando que con posterioridad cumplió con cancelar el monto total de las pensiones alimenticias devengadas, para lo cual artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal, siendo que el Juzgado de Investigación Preparatoria, declaró improcedente la conversión de pena. Apelado el auto, el Superior Colegiado, por mayoría, revocó dicha resolución y declaró fundada la solicitud de conversión de pena privativa de libertad y ordenó la libertad anticipada del encausado.

3. Que, conforme a lo regulado en los artículos cincuenta y siete y siguientes del Código Penal, la suspensión de ejecución de la pena es una medida alternativa a la pena privativa de libertad de uso facultativo para el Juez, que se caracteriza fundamentalmente por la suspensión de la ejecución de pena, es decir, la imposición de la condena, la suspensión de la pena y el señalamiento de un régimen de prueba bajo reglas de conductas.

4. De allí, que conforme a lo regulado en el artículo cincuenta y nueve del Código Penal, la suspensión de la pena debe ser revocado si durante su vigencia, no se cumple con las reglas de conductas impuestas. En este contexto, el Juez procede

a condenar al agente y a determinar la aplicación de la pena que corresponde al delito, la misma que debe ejecutarse en sus propios términos.

5. En consecuencia, la revocatoria de la suspensión de ejecución de la pena, que da lugar a una sanción privativa de libertad efectiva, no puede convertirse en otra pena no privativa de libertad, tal supuesto no está previsto en el Código Penal, pues no existe la revocatoria de la revocatoria, que llevaría a que la pena efectiva impuesta a consecuencia de la revocatoria de la suspensión de ejecución de pena, nuevamente se convierta en una medida para obtener la recuperación de la libertad.

6. En efecto, como ha quedado detallado, el condenado incumplió las reglas de conductas impuestas, y por lo tanto, se le revocó la libertad suspendida, imponiéndole una pena privativa de libertad efectiva de dos años y seis meses de libertad efectiva, que debió ejecutarse hasta su culminación. Sin embargo, la Sala Penal Superior le concedió la libertad anticipada extensión los alcances de la medida alternativa de conversión de pena, con lo cual, la sanción firme de condena no ha sido ejecutada en su totalidad.

7. En definitiva, a pesar de la cancelación de las pensiones devengadas, no cabe pedido de libertad anticipada —vía conversión de pena—, ya que no se puede amparar conversión alguna hacia una medida que de nuevo le otorgue libertad ambulatoria, al no estar prevista en la ley.

Quinto. Que de lo anotado, es menester señalar que la decisión de la Sala Penal Superior desconoció que el sentenciado Arroyo Guevara fue condenado bajo los parámetros de la suspensión de la ejecución de pena, y no de la conversión de pena, que en ejecución de sentencia no cabe formular medida alternativa de conversión de pena [que se efectúa al momento de emitir el fallo], lo cual no hace sino reforzar que se hizo una aplicación extensiva de los alcances del instituto de conversión de pena y de la figura procesal no regulada de libertad anticipada, contraviniendo con ello la regla que la sentencia se cumple en su propios términos.

Sexto. De otro lado, cabe precisar que el señor Juez Supremo Villa Stein, se adhiere a la presente interpretación referente a la libertad anticipada, apartándose de pronunciamiento anteriores [véase sentencia casatoria número ciento ochenta y nueve guión dos mil once], dado el consenso asumido por los Jueces Supremos con fecha veinticuatro de enero de dos mil trece, en el VIII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitoria, próximo a publicarse, con excepción del magistrado Morales Parraguez conforme al voto que se adjunta.

Sétimo. Que, en consecuencia, de acuerdo a lo que se expone en forma precedente, se concluye que la Sala Superior incurrió en una errónea aplicación del artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal, al extender la aplicación de la conversión de pena a circunstancias distintas a las que prevé el Código Penal; por lo que dentro del marco de la ley se debe proceder a casar la sentencia de vista.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, por mayoría:

I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por motivo del desarrollo de la doctrina jurisprudencial casacional por la causal de indebida aplicación, errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación, interpuesto por el señor fiscal superior de la Cuarta Fiscalía Superior del distrito judicial de La Libertad; en consecuencia: **CASARON** el auto de vista del catorce de mayo del dos mil doce cuya transcripción de audio corre a fojas setenta, del cuaderno de conversión de pena, que por mayoría, revocó el auto de primera instancia del veintidós de marzo del dos mil doce, obrante a fojas veintiséis, que declaró improcedente el pedido de revocación de la conversión; reformándola: declaró fundada la solicitud de conversión de pena privativa de libertad de dos años y seis meses, en pena de prestación de servicios a la comunidad, en razón de siete días de privación de libertad, por una jornada de prestación de servicio a la comunidad, y ello en razón de la capacidad de la pena impuesta, que es más de dos años, por lo que no procede la pena de multa, para lo cual esta pena de prestación de servicio a la comunidad deberá ser implementada por el Juez de Ejecución en coordinación con la Institución Pública correspondiente; y emitiendo pronunciamiento de fondo y actuando como órgano de instancia; **CONFIRMARON** la resolución de primera instancia del veintidós de marzo de dos mil doce, obrante a fojas veintiséis, que declaró improcedente el pedido de revocación de la conversión; **ORDENARON:** la recaptura del sentenciado Carlos Raúl Arroyo Guevara, y posteriormente, su reingreso al penal correspondiente para que cumpla con la pena impuesta en la sentencia.

II. MANDARON que la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de la Libertad y demás Cortes Superior de los Distritos Judiciales que aplican el Código Procesal Penal, consideren como doctrina jurisprudencial vinculante lo señalado en el tercer considerando [Del motivo casacional. Para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial] de la presente Ejecutoria Suprema, debiéndose publicar en el diario oficial *El Peruano*, de conformidad con el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal.

III. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen; y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

Sres. VILLA STEIN /**PARIONA PASTRANA** /BARRIOS ALVARADO /NEYRA FLORES

EL VOTO DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO MORALES PARRAGUEZ

Lima, diecisiete de octubre del dos mil trece

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación por la causal excepcional referida al desarrollo de la doctrina jurisprudencial, interpuesto por el representante del Ministerio Público, contra el auto de vista expedido en la audiencia de fecha 14 de mayo del año dos mil doce, obrante a fojas 47, que revocó el auto de primera instancia de fecha veintidós de marzo del año dos mil doce, y reformándola declaró fundada la solicitud de la conversión de la pena privativa de libertad a pena de prestación de servicios a la comunidad.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Itinerario del proceso

Primero. Mediante sentencia de fecha 15 de octubre del año dos mil nueve Carlos Raúl Arroyo Guevara fue condenado como autor del delito contra la Familia —omisión de asistencia familiar, en agravio de la menor Cintia Nicolle Arroyo Nieves, imponiéndole dos años y seis meses de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de un año, sujeto a determinadas reglas de conducta— dentro de las cuales se consignó el cumplimiento del pago de los devengados (obligaciones alimentarias). Que, ante el incumplimiento del pago de las pensiones alimentarias, en mérito a la solicitud del representante del Ministerio Público, el Órgano Jurisdiccional competente decidió revocar la condicionalidad de la pena impuesta. Ante tal situación, el sentenciado Arroyo Guevara, mediante escrito de fecha veinte de enero del dos mil doce, obrante a fojas 13, solicitó la conversión de la pena privativa de libertad por la prestación de servicios a la comunidad, utilizando como argumento el haber cumplido con la totalidad de la deuda alimenticia; sin embargo, mediante resolución expedida en la sesión de audiencia de fecha 22 de marzo del año 2012 se declaró improcedente la solicitud de conversión de pena promovida por el referido encausado.

Segundo. Del trámite de segunda instancia: Que, contra dicha decisión judicial, el referido sentenciado Arroyo Guevara, interpuso recurso de apelación como es de verse del escrito de folios 30, concedido el recurso impugnatorio, mediante resolución expedida en la sesión de audiencia de fecha 14 de mayo del año 2012, por mayoría se revocó la resolución de primera instancia, reformándola declararon fundada la solicitud de la conversión de la pena privativa de libertad de dos años y seis meses, en consecuencia, convirtieron esta pena en servicios a la comunidad, en razón de siete días de privación de libertad por una jornada prestación de servicio a la comunidad, esta pena debía ser implementada por el Juez de ejecución en coordinación con la institución pública correspondiente y disponiendo su inmediata libertad, debiendo el Juez de ejecución implementar las jornadas de prestación de servicios a la comunidad. Ante esta decisión, el señor Fiscal Superior interpuso recurso de casación por indebida aplicación o errónea interpretación de la norma legal, fundamentado el mismo mediante escrito de fojas 55, siendo concedido su recurso por auto de folios 67, su fecha trece de

junio del año dos mil doce, elevándose la causa a este Supremo Tribunal para el pronunciamiento respectivo.

Tercero. De la admisión del Recurso de Casación: Cumplido el trámite de traslados a los sujetos procesales por el plazo de diez días, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria del 30 de noviembre del dos mil doce, obrante en el cuadernillo de casación, en uso de su facultad de corrección, admitió a trámite el recurso de casación por el motivo previsto en el inciso 3), del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, al considerar una errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación; siendo necesario que la Corte Suprema efectué una correcta interpretación de la institución jurídica de la conversión de la pena a efectos de uniformizar criterios en la jurisprudencia nacional. Instruido el expediente en Secretaría, señalada la audiencia de casación, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Del ámbito de la casación

Cuarto. Conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas 21, del cuaderno de casación, del treinta de noviembre del dos mil doce, el motivo del recurso de casación se centra en la invocación a supuesto desarrollo jurisprudencial previsto en el inciso 4) del artículo 427º del Código Procesal Penal, a efectos de una correcta aplicación de la institución jurídica de la conversión de la pena a efectos de uniformizar criterios en la jurisprudencia nacional.

Quinto. El Fiscal Superior alega que los Jueces de Segunda instancia al momento de resolver, dictaron la misma incurriendo en una errónea interpretación de una norma procesal, como lo es el inciso 1) del artículo 491º del Código Procesal Penal —incidentes de modificación de la sentencia—, toda vez que la conversión de pena lo realiza el Juez en el momento de emitir la sentencia que pone fin al proceso penal, es decir, que la conversión no es posterior a la emisión de la sentencia ni en ejecución de la misma; por lo que, lo resuelto por la Sala no tiene asidero legal, pues dicha norma faculta al Juez de Investigación Preparatoria para conocer los temas relativos a incidentes en la etapa de ejecución de sentencia, ratificando la función de dicho Juez en su calidad de ejecutor, y en absoluto otorga un mecanismo procesal para solicitar una conversión de pena en etapa de ejecución de sentencia.

Problemática sobre la interpretación del art. 491 CPP

II. Sobre el desarrollo jurisprudencial: con invocación de las causales 1 y 2 del artículo 429 del Código Procesal Penal

Sexto. Que, a manera de introducción es del caso precisar que "la conversión de la pena" es una institución jurídico-penal prevista en el artículo 52º del Código Penal que consiste en la sustitución de una pena privativa de libertad por la aplicación de otras sanciones que se estimen idóneas para alcanzar el fin de prevención especial sin menoscabo de la reafirmación del ordenamiento jurídico y de las exigencias de la prevención general[1], sanciones entre las que encontramos la pena de multa, la de prestación de servicios a la comunidad y la jornada de limitación de días libres. Entre los supuestos que opera la conversión de la pena, tenemos que dicha institución regula la sustitución de ésta con otra pena y se aplica en los casos que no fuera procedente la condena condicional o la reserva del fallo condenatorio. Esta norma constituye una expresión del criterio de recurrir a la pena privativa de libertad como última ratio[2]. La finalidad u objeto de la conversión es la de eludir o limitar la aplicación o ejecución de penas privativas de libertad de corta o mediana duración, dicho esto debemos mencionar que la aplicación de esta institución jurídica es un derecho premial, porque le da un rostro humano al derecho penal peruano, como expresión de los fines de la pena, no permitiendo la afectación de la dignidad humana del sentenciado a una pena no mayor a 4 años, estigmatizándolo con la cárcel cuya realidad negativa es por todos conocida. Esta Conversión de la Pena se da para efectos de la determinación de la pena concreta, es decir al momento que el Juez va emitir su fallo.

Contenido jurídico de la conversión de la pena

Supuestos en los que opera la conversión de la pena

Finalidad de la conversión de la pena

Sétimo. Sobre la Libertad Anticipada. El legislador al redactar el Libro Sexto "La Ejecución y las Costas", Sección I "La Ejecución de la Sentencia" Artículo 491 (incidentes de modificación de la sentencia) ha establecido como forma de ejecución de sentencia la "Libertad Anticipada", la cual se puede acceder por intermedio de los Beneficios Penitenciarios (Semi-libertad, liberación condicional, medidas de seguridad privativa de libertad, y aquellos en los cuales por su importancia, el juez de la investigación preparatoria lo estime necesario), además de la conversión de la pena y revocación de la conversión de las penas.

Tipificación de la conversión de la pena

1 Gracia Martín, Luis, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito,* 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 253.

2 Villavicencio Terreros, Felipe, *Código Penal comentado*, Grijley, Lima, 2002, p. 205.

Octavo. En el caso materia de pronunciamiento, la solicitud de "conversión de la pena", tiene como asidero legal lo previsto en el inciso 1 del artículo 491°del Código Procesal Penal, dicha institución procesal tiene como consecuencia que el condenado, antes de cumplir la totalidad de una pena privativa de libertad efectiva, pueda salir en libertad por mandato de autoridad competente, facultando al juez de la investigación preparatoria a resolver los incidentes referidos a la conversión y a la revocación de la conversión, a la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena y de la reserva del fallo condenatorio, haciendo una expresa distinción además de los beneficios penitenciarios, que según el artículo 28° del Código Procesal Penal es competencia del Juez Penal Unipersonal, y la medida de seguridad privativa de la libertad.

Efecto de la conversión de la pena

Noveno. El dispositivo legal en referencia deja abierta la posibilidad que después de emitida una condena, no mayor de cuatro años de pena privativa de libertad efectiva, y que ella haya adquirido la calidad de firme, puede ser objeto de tratamiento, a solicitud del Fiscal, del condenado o su abogado defensor, lo que se da en concordancia con lo dispuesto por el inciso 3), del referido artículo, el mismo que es resuelto por el juez de la investigación preparatoria en audiencia pública; sin embargo, este pedido debe examinarse conforme al caso concreto, siendo facultad del juez penal concederla o denegarla.

Décimo. Este examen se realiza en aplicación del artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal en su inciso cuarto establece: "que en caso de duda insalvable sobre la Ley aplicable debe estarse a lo más favorable al reo", esto en concordancia con el inciso 11) del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, la cual establece como garantía "la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o conflicto entre leyes penales", todas tendientes a garantizar que en caso de duda, se debe optar por aquella interpretación que maximice la protección de los derechos humanos. Asimismo, se cuestiona que al conceder dicha libertad se estaría vulnerando la "Cosa Juzgada", siguiendo dicho argumento tendríamos que al concederse algún tipo de beneficio penitenciario también se vulneraría la cosa juzgada, afirmación que carece de asidero legal en virtud del principio *pro homine*.

Undécimo. Siendo así, cabe ingresar analizar sobre la procedencia de dicha institución procesal al presente caso. Así tenemos, que el encausado ha sido condenado por el delito de omisión de asistencia familiar previsto y sancionado por el artículo 149 del Código Penal, la cual se materializa con el simple incumplimiento del pago requerido previamente con las formalidades de la Ley. Asimismo, el literal "e" del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado establece

que: "no hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios", precisándose en su inciso "b" del mismo articulado que "no se permite forma alguna de restricción de la libertad, salvo en los casos previstos por la ley". Que, en ese sentido nuestra Carta Magna, define el incumplimiento de las obligaciones alimentarias como una deuda; por lo que, excepcionalmente desde un punto de vista de política criminal se justifica que el Estado le dé una connotación penal, lo defina como un delito y le establezca una pena en caso de incumplimiento; y por tanto, deviene en perseguible penalmente con sanción penal de privación de libertad, si incumple el pago de esta deuda. Coherente con esta construcción argumentativa, la pena solamente se justificaría en la medida que sirva al Estado en su política sancionadora, dentro de una línea de tutela al cumplimiento del pago para el alimentista de las deudas del obligado —bien jurídico protegido: los alimentos—.

Procedencia de la libertad anticipada

Décimo segundo. Que, siendo esto así, y al fin constitucionalista y principista de la pena, no se justificaría razonablemente —test de razonabilidad, necesidad y utilidad— que se mantenga en cárcel o hacer efectivo un apercibimiento de ordenar la captura para internarlo a un penal, a un procesado, acusado o condenado a quien se le otorgó libertad —para este caso— anticipada, que cumple con pagar la totalidad de las pensiones devengadas; por lo que, procedería aplicar la libertad anticipada del mismo disponiendo su excarcelación como lo señala el inciso 1 del artículo 491 del Código Procesal Penal.

Décimo tercero. Que, de lo antes expuesto, no se advierte interés casacional del desarrollo jurisprudencial porque las disposiciones procesales penales glosadas en el fundamento jurídico anterior son claras en su redacción y están descritas de manera que se cumple con el precepto de la ley cierta, escrita y previa.

Décimo cuarto: Que, si bien el inciso 2 del artículo 504 del Código Procesal Penal, establece que las costas serán pagadas por quien interpuso un recurso sin éxito, las cuales se imponen de oficio conforme al inciso 2 dos del artículo 497 del citado Código Procesal; que, sin embargo, el artículo 499 de la citada norma procesal establece que se encuentra exento del pago de costas, entre otros, los representantes del Ministerio Público, situación que se presenta, porque quien interpuso el recurso de casación fue el señor Fiscal Superior del Distrito Judicial de La Libertad.

DECISIÓN

Por estos fundamentos: **MI VOTO** es porque se declare:

I. INFUNDADO el recurso de casación por la causal de la excepcionalidad referido al desarrollo de la doctrina jurisprudencial, interpuesto por el representante del Ministerio Público, contra el auto de vista de fecha catorce de mayo del dos mil doce, de fojas 70, que revocó el auto que declaró improcedente el pedido de revocación de la conversión, y reformándola declararon por mayoría fundada dicha solicitud promovida por el condenado Carlos Raúl Arroyo Guevara, en el proceso que se le siguió por el delito contra la Familia —omisión a la asistencia familiar—, en agravio de Cintia Nicolle Arroyo Nieves.

II. EXONERAR del pago de las costas del recurso de casación al recurrente.

III. ORDENARON se transcriba la presente Ejecutoria a las Cortes Superiores en las que rige el Código Procesal Penal para su conocimiento y fines, y se publique en el diario oficial *El Peruano*.

Sr. MORALES PARRAGUEZ

IV.
SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

1.
RECURSO DE NULIDAD N.° 2476-2005-LAMBAYEQUE
EFECTOS DE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD RESPECTO A LA REPARACIÓN CIVIL

Recurso de Nulidad	**N.° 2476-2005-Lambayeque**
Fecha	20.04.2006
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponente	César San Martín Castro
Tema	Efectos de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad respecto a la reparación civil
Precedente vinculante	ff. jj. n.os 4 y 7
Concordancia	Código Penal: arts. 57, 58, 59, 61 y 69
SUMILLA: Conforme a lo dispuesto en el artículo cincuenta y siete del Código Sustantivo y al propio título de la institución, lo que se suspende es la ejecución de la pena privativa de libertad, de suerte que sus efectos solo están referidos a esa pena [...] por tanto, la suspensión no se extiende a las demás penas principales y accesorias y, menos, a la reparación civil.	

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N.° 2476-2005
LAMBAYEQUE

Lima, veinte de abril del dos mil seis.

VISTOS: el Recurso de Nulidad interpuesto por el Procurador Público encargado de los asuntos judiciales del Fondo Nacional de Compensación y Desarrollo Social (FONCODES) contra el auto superior de fojas mil trescientos cuarenta y dos, del doce de mayo de dos mil cinco, que por mayoría declara procedente la solicitud del sentenciado Luis Alberto Vallejos Burga y, en consecuencia, se tiene

por no pronunciada la condena que se le impuso: con (o expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal:

CONSIDERANDO

Primero: Que Luis Alberto Vallejos Burga, por sentencia de fojas mil once, del treinta de octubre del dos mil uno, entre otros, fue condenado como autor de los delitos de peculado agravado, malversación de fondos y falsificación de documentos en agravio del Estado, FONCODES y Oficina Zonal de Chiclayo a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente por el plazo de tres años [una de las reglas de conducta impuesta era la devolución de treinta y dos mil novecientos setenta y siete con noventa y cuatro céntimos de nuevos soles], ciento ochenta días multa e inhabilitación por dos años, así como fijó en diez mil nuevos soles el monto de la reparación civil que abonará, con los otros imputados, a favor de los agraviados; que el citado sentenciado interpuso Recurso de Nulidad contra ese fallo, el mismo que fue concedido por el Superior Tribunal, sin embargo este Supremo Tribunal por Ejecutoria de fojas mil ciento sesenta y tres, del catorce de octubre de dos mil dos, lo declaró inadmisible así como insubsistente el concesorio; que el citado sentenciado mediante escrito de tojas mil trescientos veinticuatro, del trece de abril de dos mil cinco, al amparo del artículo sesenta y uno del Código Penal, solicitó se tenga por no pronunciada la condena y se le anulen los antecedentes generados en su contra; que esa solicitud fue aceptada por el Superior Tribunal al expedir la resolución que ha sido recurrida por la parte civil, y que es materia del presente pronunciamiento.

Segundo: Que el Procurador Público en su Recurso de Nulidad debidamente fundamentado de fojas mil trescientos cincuenta y tres sostiene que el plazo de prueba se computa desde que la Corte Suprema se pronunció sobre el recurso interpuesto por el imputado Vallejos Burga —catorce de octubre de dos mil dos— y que no se ha tomado en cuenta que no cumplió las reglas de conducta ni el pago de la reparación civil, argumentos que reitera el señor Fiscal Supremo en su dictamen que corre en el cuadernillo del Recurso de Nulidad.

Tercero: Que la resolución impugnada, al declarar que la condena contra Luis Alberto Vallejos Burga se tiene por no pronunciada, se encuadra en lo dispuesto en el inciso c) del artículo doscientos noventa y dos del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve, que autoriza el Recurso de Nulidad contra los autos definitivos dictados en primera instancia por la Sala Penal Superior que extingan la acción, atento a la

Resolución recurrible por el recurso de nulidad

naturaleza y efectos procesales y materiales que entraña la mencionada resolución.

Condena no pronunciada

Cuarto: Que el artículo sesenta y uno del Código Penal, invocado por el citado encausado y por el Superior Tribunal, exige que haya transcurrido el plazo de prueba y que el condenado no haya cometido nuevo delito doloso ni infringido de manera persistente y obstinada las reglas de conducta establecidas en la sentencia; que, en cuanto al cómputo del indicado plazo, es de tener presente el artículo trescientos treinta del Código de Procedimientos Penales, que establece que la sentencia condenatoria, como en el presente caso, se cumplirá aunque se imponga Recurso de Nulidad, salvo los casos en que la pena sea internamiento, relegación, penitenciaria o expatriación; que ello significa que, salvo esas penas, la impugnación contra una sentencia condenatoria no es suspensiva y, por consiguiente, se ejecuta provisionalmente conforme a sus propios términos, lo que por lo demás reitera el artículo doscientos noventa y tres del Código de Procedimientos Penales y, en tal virtud, obliga al órgano jurisdiccional a disponer lo conveniente para que sus disposiciones se ejecuten cumplidamente mientras se absuelva el grado, lo que significa que deberá instarse el cumplimiento de las reglas de conducta, las penas que no son objeto de suspensión y el pago de la reparación civil, en tanto que para tales cometidos la competencia del órgano jurisdiccional de ejecución no está suspendida; que, por consiguiente, en el caso de autos ese primer requisito se ha cumplido, pues la sentencia de primera instancia se emitió el treinta de octubre de dos mil uno y el periodo de prueba venció el veintinueve de octubre del dos mil cuatro.

Cumplimiento de la sentencia condenatoria

Efecto del recurso de nulidad

Quinto: Que, como ya se anotó, otro requisito que impone el artículo sesenta y uno del Código Penal es que el condenado, durante el período de prueba, no cometa nuevo delito doloso ni infrinja de manera persistente y obstinada las reglas de conducta; que el imputado Vallejos Burga no cumplió con una de las reglas de conducta que le fueron impuestas: "[...] reparar el daño causado consistente en la devolución que deberán hacer Labrín Carrasco, Vallejos Burga y Guillén Alcántara de la suma de treinta y dos mil novecientos setenta y nueve nuevos soles con noventa y cuatro céntimos [...]"; que la reparación del daño causado, que en el presente caso —por disposición de la propia sentencia— consiste en la devolución de una suma de dinero determinada, cuya obligación no escapaba al sentenciado, e importa obviamente una negativa persistente y obstinada de su parte, sin que pueda entenderse que para esa calificación sea necesario al órgano jurisdiccional requerimientos o amonestaciones expresas, en consecuencia, solo se

requiere que de autos se desprenda que el obligado se mantenga firme o constante en no reparar el daño, que sea perseverante y tenaz en esa decisión, que es precisamente lo que ha ocurrido en autos: que por lo demás, la reparación del daño impone al condenado un deber positivo de actuación, cuyo incumplimiento importa una conducta omisiva, que en este caso comunica inequívocamente una manifiesta voluntad —hostil al derecho— de incumplimiento a la regla de conducta impuesta en el fallo; que, siendo así, la solicitud del sentenciado debe desestimarse por incumplimiento del segundo requisito analizado.

Efectos del incumplimiento de las reglas de conducta

Sexto: Que este entendimiento del artículo sesenta y uno del Código acotado es independiente y no se opone a lo dispuesto por el artículo cincuenta y nueve del mismo Cuerpo de Leyes, que autoriza al órgano jurisdiccional que ante el incumplimiento de las reglas de conducta, pueda amonestar al infractor, prorrogar el período de suspensión o revocar la suspensión de la pena; que, por otro lado, la inaplicación del artículo sesenta y uno del Código Penal porque se infringió las reglas de conducta no significa que el imputado siempre tendrá inscrita la sentencia, sino únicamente que no opera causa excepcional de extinción de la responsabilidad penal: que, al respecto, juristas como PRATS CANUT sostienen que la remisión de la pena (o en nuestro caso, de tener por no pronunciada la condena) imparta una forma específica de rehabilitación diferente de la normal fijada en el Código Penal] [Autores Varios: Comentarios al Código Penal, Tomo I, Editorial Aranzadi], Navarra, mil novecientos noventa y seis, página cuatrocientos setenta y dos], por lo que quienes se encuentren en esa situación tendrán que someterse a lo dispuesto en las reglas generales de la rehabilitación previstas en el artículo sesenta y nueve del Código Penal, con la obvia aclaración que vencido el plazo de prueba cesa la posibilidad de amonestaciones, este ya no podrá prorrogarse, ni tampoco podrá ser revocada la pena privativa de libertad suspendida, y solo tendrán que cumplirse aquellas reglas de conducta que importen la reparación efectiva del daño (artículo cincuenta y ocho inciso cuatro del Código Penal), salvo desde luego que opere la prescripción de la ejecución de la pena.

La remisión de la pena

Sobre las reglas de la rehabilitación

Séptimo: Que, finalmente, es de aclarar que, conforme a lo dispuesto en el artículo cincuenta y siete del Código Sustantivo y al propio título de la institución, lo que se suspende es la ejecución de la pena privativa de libertad, de suerte que sus efectos solo están referidos a esa pena [aún cuando también se la denomine condena condicional -artículo cincuenta y ocho del Código Penal se trata, como afirma HURTADO POZO de una modalidad de ejecución de la pena y si se tiene en

Efecto de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad

cuenta sus fines, constituye un medio para resocializar al condenado: Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo. Anuario de Derecho Penal noventa y siete noventa y ocho, Lima, mil novecientos noventa y nueve, página doscientos treinta y siete]; que, por tanto, la suspensión no se extiende a las demás penas principales y accesorias y, menos, a la reparación civil —esta última, como es obvio, no es una pena ni está dentro de los límites del *ius puniendi* del Estado, e incluso las reglas de prescripción en orden a su ejecución están normadas en el artículo dos mil uno del Código Civil—; que, en tal virtud, aun cuando fuera procedente el artículo sesenta y uno del Código Penal y, en su caso, la rehabilitación prevista en el artículo sesenta y nueve del Código Penal, ello no obsta a que el condenado deba pagar la reparación civil, pues lo contrario importaría una lesión directa al derecho de la víctima a la reparación y un atentado clarísimo a su derecho a la tutela jurisdiccional, incluso dejándola en indefensión material; que tener por no pronunciada la condena, según estatuye el artículo sesenta y uno del Código Penal, no puede significar entonces que igualmente se extingan las penas no suspendidas y menos, la exigencia del pago de la reparación civil, por lo que en tal supuesto la orden judicial solo debe comprender la desaparición de la condena impuesta a una pena privativa de libertad —con lo consiguiente anulación de los antecedentes en ese extremo—, quedando subsistente —si es que no se han cumplido— las demás penas principales o accesorias y, particularmente, la reparación civil —como aclaran Zaffaroni/Alagia/Slokar— el cumplimiento de la condición no hace desaparecer el acto jurisdiccional, sino solo la condenación a la pena de prisión [Derecho Penal. Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires, dos mil, pagina novecientos veinticuatro].

Límites de la suspensión

Octavo: Que dado el carácter general y trascendente que entraña la interpretación de los artículos del Código Penal —en especial los artículos sesenta y uno y sesenta y nueve—, desarrollada en los fundamentos jurídicos cuarto al séptimo, corresponde que en aplicación del artículo trescientos uno-A, apartado uno, del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve, se considere precedente vinculante.

DECISIÓN

Por estos fundamentos: declararon **HABER NULIDAD** en el auto superior de fojas mil trescientos cuarenta y dos, del doce de mayo de dos mil cinco, que declara procedente la solicitud de fojas mil trescientos veinticuatro formulada por el sentenciado Luis Alberto Vallejos Burga de que la condena impuesta en su contra se considere como no pronunciada; reformándola: declararon **INFUNDADA**

dicha solicitud; **ORDENARON** se disponga lo conveniente para la ejecución de la sentencia en sus partes pertinentes; **ESTABLECIERON** como precedente vinculante los fundamentos jurídicos cuarto al séptimo de la presente Ejecutoria; **MANDARON** que esta Ejecutoria se publique en el Diario Oficial y en la página web del Poder Judicial; y las devolvieron.

S. S.

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

V.
RESERVA DEL FALLO CONDENATORIO

1.
RECURSO DE NULIDAD N.° 3332-2004-JUNÍN
PRESUPUESTOS PARA LA APLICACIÓN DE LA RESERVA DEL FALLO CONDENATORIO

Recurso de Nulidad	**N.° 3332-2004-Junín**
Fecha	27.05.2005
Procedencia	Segunda Sala Penal Transitoria
Ponentes	Javier Villa Stein, Alfonso Valdez Roca, Hector Ponce de Mier, Victoriano Quintanilla Quispe y Víctor Prado Saldarriaga
Tema	Presupuestos para la aplicación de la reserva del fallo condenatorio.
Precedente vinculante	ff. jj. n.°s 5 y 7
Concordancia	Código Penal: arts. 62-67 y 426 Código de Procedimientos Penales: art. 301-A

SUMILLA:

La reserva del fallo condenatorio [...] es una medida alternativa a la pena privativa de libertad de uso facultativo para el Juez, que se caracteriza fundamentalmente por reservar la imposición de la condena y el señalamiento de la pena concreta para el sentenciado culpable; [...] en la sentencia la culpabilidad del procesado, pero sin emitir la consiguiente condena y pena. Estos últimos extremos se reservan y se condiciona su extinción o pronunciamiento a la culminación exitosa o no de un período de prueba, dentro del cual el sentenciado deberá abstenerse de cometer nuevo delito y cumplir las reglas de conducta que le señale el Juez; [...] procede cuando concurren estos presupuestos: i) Que el delito esté sancionado con pena conminada no superior a tres años de pena privativa de libertad o con multa; o con prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres que no excedan a noventa jornadas semanales; o con inhabilitación no superior a dos años; ii) Que el Juez, en atención a las circunstancias del hecho y a la personalidad del agente, emita un pronóstico favorable sobre la conducta futura del imputado; iii) Es de señalar que la reserva del fallo condenatorio también es aplicable en caso de penas conjuntas o alternativas, siempre que tales sanciones se adecúen a los marcos cualitativos y cuantitativos antes mencionados [...]. La reserva del fallo condenatorio no genera antecedente penal, pero su aplicación debe inscribirse en el registro respectivo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N.° 3332-04
JUNÍN

Lima, veintisiete de mayo del dos mil cinco.

VISTOS: con lo expuesto por la señora Fiscal Suprema.

CONSIDERANDO

Primero: Que la procesada Fernanda Luzmila Cóndor Robles ha interpuesto Recurso de Nulidad, contra la sentencia de fojas trescientos cuarentisiete, de fecha dos de julio del dos mil cuatro, en el extremo que reserva el fallo condenatorio en la instrucción que se le siguió por el delito contra la administración pública-peculado culposo, previsto y sancionado en el artículo trescientos ochentisiete —tercer párrafo— del Código Penal, en agravio del Estado-Hospital de Apoyo de Junín.

Segundo: Que se incrimina a la recurrente, en su condición de servidora pública en el Área de Economía del Hospital de Apoyo de Junín y responsable de Caja, haberse apoderado ilegalmente de la suma de tres mil cuatrocientos veinticuatro nuevos soles con veinte céntimos, producto de los ingresos directos del nosocomio, hecho que aconteciera el veintisiete de setiembre del año dos mil dos, día en que la citada acusada tenía la obligación de depositar la suma indicada en el Banco de la Nación, lo que eventualmente no cumplió con hacer.

Tercero: Que con relación a la aplicación del "Principio de Determinación Alternativa" es importante precisar: a) Que la **desvinculación de la acusación fiscal**, denominada anteriormente "determinación alternativa", era definida como un mecanismo de readecuación legal, sin embargo, en puridad, lo que se buscaba era calificar correctamente el hecho delictivo que se le imputaba al procesado y subsumirlo en el tipo penal correspondiente, esto, en cumplimiento de las exigencias de legalidad que debían observarse en todo proceso penal; b) Que para la aplicación de la "determinación alternativa" se requería la presencia de cuatro presupuestos básicos: i) homogeneidad del bien jurídico; ii) inmutabilidad de los hechos y pruebas; iii) preservación del derecho de defensa y; iv) coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación del tipo; c) Que conjuntamente con tales presupuestos, era requisito indispensable que la "determinación alternativa" no se aplique en perjuicio del procesado, privilegiando así el principio de favorabilidad.

Principio de la determinación alternativa

Cuarto: Que, resolviendo el caso *sub iúdice*, se advierte; a) Que de la secuela del proceso, se aprecian indicios razonables sobre la comisión del delito de peculado culposo que se le incrimina a la encausada; b) Que en este sentido las declaraciones testimoniales de fojas veintidós, doscientos cinco y doscientos diecisiete convalidan los hechos que se

imputan a la procesada. En este contexto, de las citadas declaraciones se advierte que en el ambiente donde se sucedieron los hechos tenían acceso otras personas ajenas a la encausada; c) Que, por otro lado, la procesada Cóndor Robles ha manifestado en la ampliación de su declaración instructiva de fojas ciento noventiocho y en los debates orales de fojas trescientos quince y trescientos veintiuno, que en el cargo de Cajera le precedió la testigo Nielda Carmela Medrano, quien laboró en las mismas condiciones y con las mismas chapas y llaves de la gaveta, accesorios que se conservaron cuando asumió sus funciones; d) Que, en este contexto, es evidente que la acusada tenía pleno conocimiento de que otra persona podía tener acceso a la gaveta y el simple hecho de que en anteriores oportunidades no se haya realizado sustracción de dinero alguno, no es argumento válido para que haya omitido tomar las medidas necesarias para resguardar el dinero que percibió durante el día, radicando justamente en dicha omisión su actuación negligente.

Quinto: Que con relación a la aplicación de la reserva del fallo condenatorio regulada en los artículos sesentidós a sesentisiete del Código Penal, es importante precisar: a) Que esta es una medida alternativa a la pena privativa de libertad de uso facultativo para el Juez, que se caracteriza fundamentalmente por reservar la imposición de la condena y el señalamiento de la pena concreta para el sentenciado culpable; b) Que en consecuencia, tal medida consiste en declarar en la sentencia la culpabilidad del procesado, pero sin emitir la consiguiente condena y pena. Estos últimos extremos se reservan y se condiciona su extinción o pronunciamiento a la culminación exitosa o no de un período de prueba, dentro del cual el sentenciado deberá abstenerse de cometer nuevo delito y cumplir las reglas de conducta que le señale el Juez; c) Que la reserva del fallo condenatorio procede cuando concurren estos presupuestos: i) Que el delito esté sancionado con pena conminada no superior a tres años de pena privativa de libertad o con multa; o con prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres que no excedan a noventa jomadas semanales; o con inhabilitación no superior a dos años; ii) Que el Juez, en atención a las circunstancias del hecho y a la personalidad del agente, emita un pronóstico favorable sobre la conducta futura del imputado; iii) Es de señalar que la reserva del fallo condenatorio también es aplicable en caso de penas conjuntas o alternativas, siempre que tales sanciones se adecúen a los marcos cualitativos y cuantitativos antes mencionados.

Reserva del fallo condenatorio: definición, naturaleza y presupuestos

Sexto: Que la reserva del fallo condenatorio no genera antecedente penal, pero su aplicación debe inscribirse en el registro respectivo.

Reserva del fallo y antecedente penal

Séptimo: Que se advierte de autos que la Sala Superior Penal, ha aplicado indebidamente la reserva del fallo condenatorio por lo que debe precisarse al respecto lo siguiente: a) Que según lo dispuesto por el artículo cuatrocientos veintiséis del Código Penal, los delitos previstos en los capítulos segundo y tercero del título decimoctavo, serán sancionados, además, con pena de inhabilitación; b) Que la inhabilitación que corresponde a los casos del artículo precitado, tiene la calidad de pena principal y conjunta, con un máximo de duración de tres años y con los alcances contenidos en el artículo treintiséis, inciso uno y dos; c) Que como ya se ha señalado, la reserva del fallo condenatorio resulta aplicable solo cuando la pena conminada a imponerse no supere los dos años de inhabilitación; d) Que, por consiguiente, para el caso en examen la pena conminada de inhabilitación, principal y conjunta, tiene un máximo de duración de tres años, por lo que la aplicación de la reserva del fallo condenatorio hecha por el Colegiado Superior es improcedente.

Octavo: Que, en consecuencia, habiéndose establecido en el considerando quinto y séptimo de esta resolución los presupuestos para la aplicación de la reserva del fallo condenatorio corresponde otorgar a dicha interpretación jurisprudencial el carácter de precedente vinculante en aplicación de lo autorizado por el inciso uno del artículo trescientos uno- A, del Código de Procedimientos Penales, incorporado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuentinueve.

DECISIÓN

Por los fundamentos expuestos, en consecuencia; por mayoría, **DECLARARON: NULA** la sentencia recurrida de fojas trescientos cuarentisiete, de fecha dos de julio del dos mil cuatro, en el extremo que resuelve reservar el fallo condenatorio a Fernanda Luzmila Cóndor Robles; **MANDARON** que se emita nueva sentencia con arreglo a ley; tomando en cuenta los fundamentos esgrimidos en la parte considerativa de la presente resolución; en la instrucción que se siguió contra Fernanda Luzmila Cóndor Robles por el delito contra la administración pública-peculado, en agravio del Estado Hospital de Apoyo de Junín, **DISPUSIERON**: que la presente Ejecutoria Suprema, constituya precedente vinculante en lo concerniente a los presupuestos para la aplicación de la reserva del fallo condenatorio; **ORDENARON**: que el presente fallo se publique en el diario oficial *El Peruano*; con lo demás que contiene; y los devolvieron.

S. S.
VILLA STEIN / PONCE DE MIER / QUINTANILLA QUISPE / PRADO SALDARRIAGA

LA SECRETARIA DE LA SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA, CERTIFICA QUE EL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR DOCTOR RAUL VALDEZ ROCA ES COMO SIGUE:

Lima, veintisiete de mayo del dos mil cinco.

VISTOS: de conformidad con la señora Fiscal Supremo en su dictamen de fecha veintiocho de febrero del dos mil cinco.

CONSIDERANDO

Primero: Que, es materia de grado vía recurso de nulidad interpuesto por la procesada Fernanda Luzmila Cóndor Robles, la sentencia de fecha dos de julio del dos mil cuatro, que reserva el fallo condenatorio en la instrucción que se le siguió por el delito contra la administración pública-peculado culposo —en agravio del Estado— Hospital de Apoyo de Junín.

Segundo: Que, la responsabilidad penal de la procesada Cóndor Robles, en la comisión del delito de peculado culposo que se le atribuye, se encuentra acreditada en autos con indicios razonables de que esta conocía la posibilidad latente de que cualquier persona pudiera acceder a la gaveta de la cual se sustrajo la suma de tres mil cuatrocientos veinticuatro nuevos soles con veinte céntimos, cuya custodia le competía; fundamentándose su responsabilidad en la comisión de este delito imprudente precisamente en el hecho de no haber brindado la seguridad pertinente del dinero que percibía en el día, en su calidad de responsable de Caja del Hospital de Apoyo de Junín, pese a conocer el riesgo de que terceras personas accedieran a dicho dinero. Encontrándose este conocimiento acreditado con las declaraciones de Donato Tito Payano Tinoco (fojas veintidós), Coco Chuco Crosco (fojas doscientos cinco y Jorge Surichaqui Marcelo (fojas doscientos diecisiete); así como de la declaración de la propia procesada durante la instrucción (fojas ciento noventiocho) y el contradictorio (fojas trescientos quince y siguientes).

Tercero: Que, establecida la responsabilidad penal de Fernanda Luzmila Cóndor Robles, corresponde determinar si la reserva del fallo condenatorio con la cual ha sido beneficiada se encuentra arreglada a ley.

Cuarto: Que, el tercer párrafo del artículo trescientos ochentisiete del Código Penal sanciona al delito incriminado a la procesada, peculado culposo, con ***pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas.*** Imponiéndosele también, de acuerdo al artículo cuatrocientos veintiséis de la norma sustantiva, ***pena de inhabilitación de uno a tres años,*** conforme al artículo treintiséis incisos uno y dos del mismo cuerpo legal.

Quinto: Que, así expuesto se aprecia en autos que el delito contra la administración pública —peculado culposo— es sancionado con dos conjugaciones de penas principales y conjuntas: (i) pena privativa de la libertad e inhabilitación, o; (ii) servicio comunitario e inhabilitación.

Sexto: Que, por otro lado, la **reserva del fallo condenatorio** es una medida alternativa a la pena privativa de la libertad, facultativo por el Juez, caracterizada por reservar la imposición de pena y el señalamiento de la pena concreta para el sentenciado culpable.

Sétimo: Que, el artículo sesentidós del Código Penal establece que la reserva del fallo condenatorio, se dispondrá cuando: (i) El delito está sancionado con pena privativa de libertad *no mayor de tres años* o con multa; (ii) La pena a imponerse *no supere las noventa jornadas de prestación de servicios a la comunidad* o de limitación de días libres; o (iii) La pena a imponerse no supere los dos años de inhabilitación. Así pues, el legislador ha establecido taxativamente los supuestos por los cuales favorece al procesado con la reserva del fallo condenatorio.

Octavo: Que, en el caso del delito de peculado culposo, se aprecia que el mismo en sus dos probabilidades de sanción, descritas en el considerando quinto, presenta un extremo dentro de los rangos del artículo sesentidós del Código Penal (pena privativa de la libertad y servicio comunitario), y otro, que excede este rango (inhabilitación).

Noveno: Que, ante esta coyuntura es del caso señalar que sin duda una de las penas más graves que establece nuestro ordenamiento legal es la **pena privativa de la libertad**, la misma que para el delito bajo comento (peculado culposo) el legislador consideró adecuado y razonable que no excediera el término de dos años; de esta forma y dada la relevancia de la pena privativa de la libertad, esta sirve como parámetro de las demás penas, lo cual en aplicación del principio de proporcionalidad significa que estas no pueden superar los efectos negativos de la mencionada, encontrándose entre estos efectos la prolongación de la sanción.

Decimo: Que, en este sentido pese que se encuentra establecida como sanción de peculado culposo, ***la inhabilitación*** por un periodo de tres años, esta en forma alguna podría superar el máximo de la pena más grave **(dos años)**, considerando no solo proporcionalmente la imposición de esta pena, sino también aplicando una interpretación del ordenamiento jurídico del principio *favor rei*, el cual compele al juzgador a optar por la interpretación de las normas del modo más favorable para el procesado; con lo cual continuaríamos dentro de los parámetros del artículo sesentidós del Código Penal;

DECISIÓN

Por estos fundamentos **MI VOTO** es porque se declare **NO HABER NUUDAD** en la sentencia de fojas trescientos cuarentisiete, su fecha dos de julio del dos mil cuatro, que **RESERVA EL FALLO CONDENATORIO** a Fernanda Luzmila Cóndor Robles por el delito contra la administración pública —peculado culposo— en agravio del Estado- Hospital de Apoyo de Junín, por el término de **UN AÑO**, bajo las reglas de conducta previstas en la recurrida; con lo demás que contiene; y los devolvieron, con lo demás que contiene; y los devolvieron.

S. S. VALDEZ ROCA

SECCIÓN TERCERA
Las medidas de seguridad

1.
RECURSO DE NULIDAD N.º 104-2005-AYACUCHO
CRITERIOS PARA LA APLICACIÓN DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD DE INTERNACIÓN

Recurso de Nulidad	**N.° 104-2005-Ayacucho**
Fecha	16.03.2005
Procedencia	Segunda Sala Penal Transitoria
Ponentes	Javier Villa Stein, Alfonso Valdez Roca, Hector Ponce de Mier, Victoriano Quintanilla Quispe y Víctor Prado Saldarriaga
Tema	Criterios para la aplicación de la medida de seguridad de internación
Precedente vinculante	f. j. n.º 8.b
Concordancia	Código Penal: arts. 71, 74, 75, 297.5 y 297.6 Código de Procedimientos Penales: arts. 298, 300 y 301-A

SUMILLA:

[...] Tratándose de una sanción la medida de internación solo puede ser impuesta en la sentencia y luego de que en juicio se haya acreditado la realización del delito por el inimputable y su estado de peligrosidad. c) Que la duración de la medida de internación no puede ser indeterminada, por eso el operador judicial debe definir en la sentencia su extensión temporal, la cual, [...] en ningún caso puede exceder los límites cuantitativos de la pena privativa de libertad concreta, que se hubiera aplicado al procesado si hubiera sido una persona imputable. La duración de la medida de internación debe ser proporcional a la peligrosidad potencial del agente y coherente con las recomendaciones que sobre el tratamiento a aplicar haya precisado el perito psiquiatra.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N.° 104-2005
AYACUCHO

Lima, dieciséis de marzo del año dos mil cinco.

VISTOS: De conformidad en parte con lo dictaminado por el señor fiscal supremo en lo Penal.

CONSIDERANDO

Primero: Que viene en recurso nulidad, interpuesto por el sentenciado Arístides Jaime Ramos Veramendi, la sentencia de fojas cuatrocientos veintitrés, su fecha veintiséis de noviembre del dos mil cuatro, en el extremo que lo condena como autor del delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado, imponiéndole doce años de pena privativa de libertad.

Segundo: Que se imputa al procesado dedicarse a la comercialización de pasta básica de cocaína, transportando pasta básica de cocaína desde la localidad de Sivina con destino a Huanta, junto con sus coprocesados Marcos Edwin Ramos Veramendi y Silvia Ramos Veramendi; siendo intervenidos por efectivos policiales el día diez de setiembre del dos mil tres, cuando se trasladaban en un camión hacia la localidad de Huanta. Que al realizárseles el respectivo registro personal a cada uno de ellos, se les encontró en poder de un total de once paquetes forrados con cinta adhesiva los cuales al ser sometidos al análisis químico correspondiente dieron como resultado pasta básica de cocaína, con un peso neto de tres kilos con seiscientos cincuentiun gramos.

Tercero: Que el recurrente en la fundamentación de su recurso de nulidad, alega que desde la etapa preliminar aceptó su responsabilidad penal en los hechos imputados, por lo que se le debe imponer una pena más benigna; además, refiere el recurrente, que en ningún momento tuvo la intención de usar a su hermano Marcos Edwin Ramos Veramendi para transportar la droga y que erróneamente se le condena por el artículo doscientos noventisiete inciso cinco del Código Penal, debido a que para configurar dicha agravante se debe tener pleno conocimiento que el sujeto que trasladaba la droga era inimputable, hecho que no ocurrió y recién se determinó en el juicio oral.

Cuarto: Que el evento delictivo se encuentra acreditado con las siguientes pruebas de cargo: **a)** Con las actas de registro personal y equipaje de fojas setentinueve; de comiso de droga de fojas ochentiuno a ochentitrés; de pesaje de droga de fojas ochenticuatro; de lacrado de fojas noventitrés. Todas estas diligencias describen que a los procesados se les encontró adheridos a sus cuerpos y dentro de sus pertenencias pasta básica de cocaína con un peso neto de tres kilos con seiscientos cincuentiun gramos, conforme es de verse del dictamen pericial de análisis químico de fojas doscientos tres. **b)** Que el procesado Arístides Ramos Veramendi ha reconocido de manera uniforme y coherente su responsabilidad penal en los hechos imputados, indicando que conocía de la enfermedad de su hermano Marcos Edwín y que el día de la

intervención puso en las pantorrilas de este dos paquetes que contenía pasta básica de cocaína y en el maletín de su hermana Silvia otros dos paquetes conteniendo la misma sustancia tóxica, con la finalidad de ser transportados hasta a plaza de Armas de la ciudad de Ayacucho, lugar donde serían entregados a Carlos Morocho Garay, y que por dicha labor le iba a pagar la suma de ciento cincuenta dólares americanos; esta versión se encuentra corroborado con las declaraciones de Marcos Ramos Veramendi y Silvia Ramos Veramendi de fojas ciento veintiocho y trescientos cuarentisiete respectivamente.

Quinto: Que para la aplicación al imputado Arístides Ramos Veramendi del agravante del inciso cinco del artículo doscientos noventisiete del código sustantivo, se debe apreciar si él conocía la condición de inimputable de su hermano Marcos Edwin, sin requerirse de resolución judicial previa sobre dicho estado. Que, en el caso sub judice, la enfermedad mental de Marcos Ramos Veramendi era de conocimiento del procesado Arístides Ramos Veramendi, conforme se desprende de su propia declaración y de las vertidas por la sentenciada Silvia Ramos Veramendi. Por tanto dicho procesado se aprovechó de la enfermedad que padecía su hermano para utilizarlo en la comisión del delito; por lo que el extremo condenatorio de la sentencia se encuentra arreglado a ley.

El empleo de una persona inimputable en la agravante del art. 297.5 del CP

Sexto: Que, además, para la configuración del agravante del inciso seis del artículo doscientos noventisiete del código sustantivo, no solo se requiere la existencia de una banda u organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas, sino que basta con la pluralidad ejecutiva de personas, esto es, que participen tres o más sujetos en la comisión del delito previsto en el artículo doscientos noventiseis del Código Penal, supuesto que se presenta en el caso que se analiza. Que, sin embargo, de conformidad con el principio de prohibición de *reformatio in peius,* previsto en el artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales, no se puede considerar en esta instancia dicha agravante.

La pluralidad de agentes en la agravante del art. 297.6 del CP

Séptimo: Que para la aplicación de la pena correspondiente se debe tener en cuenta el principio de proporcionalidad, dicho principio exige efectuar una determinación adecuada de la pena que procure lograr una sanción justa y congruente con la gravedad de la acción realizada, los bienes jurídicos afectados y las circunstancias del hecho, debiendo también guardar relación con el daño ocasionado; siendo ello así, en el caso sub judice la pena impuesta al sentenciado resulta adecuada.

Principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena

Octavo: Que, por otro lado, teniendo en cuenta que la Corte Suprema tiene facultad casatoria conforme lo reconoce el artículo ciento cuarentiuno de la Constitución Política del Estado, esta Sala Penal Suprema debe establecer las siguientes precisiones: **a)** Que las **medidas de seguridad son sanciones** que se aplican judicialmente a los inimputables o imputables relativos que han cometido un hecho punible; que la **medida de internación** es privativa de libertad y solo puede aplicarse cuando existe el peligro potencial de que el inimputable pueda cometer en el futuro otros delitos considerablemente graves. Por tanto la internación es una medida de seguridad que conlleva graves efectos restrictivos en la libertad de las personas. Por lo demás, como señala Claus Roxin: "[...] *el fin de la pena y las medidas de seguridad no se diferencia en esencia. Ciertamente, los fines preventivos se persiguen por las medidas de seguridad de una forma diferente y que la mayoría de las veces contrasta también con la orientación de los cometidos de la pena en el caso individual, pero la tendencia fundamentalmente preventiva es la misma*" (Claus Roxin, "*Derecho penal. Parte general*". Tomo I. Editorial Civitas. Madrid, mil novecientos noventisiete). **b)** Que, en consecuencia, tratándose de una sanción la medida de internación solo puede ser impuesta en la sentencia y luego de que en juicio se haya acreditado la realización del delito por el inimputable y su estado de peligrosidad. **c)** Que la duración de la medida de internación no puede ser indeterminada, por eso el operador judicial debe definir en la sentencia su extensión temporal, la cual, conforme lo establece el artículo setenticinco *ab initio,* en ningún caso puede exceder los límites cuantitativos de la pena privativa de libertad concreta, que se hubiera aplicado al procesado si hubiera sido una persona imputable. **d)** Que, además, la duración de la medida de internación debe ser proporcional a la peligrosidad potencial del agente y coherente con las recomendaciones que sobre el tratamiento a aplicar haya precisado el perito psiquiatra.

Medida de seguridad

Medida de internación

Necesidad de acreditar la realización del delito y estado de peligrosidad

Extensión de la medida de internación

Duración proporcional a la peligrosidad y coherente en recomendaciones psiquiatricas

Noveno: Que de autos se aprecia que el Colegiado mediante resolución de fojas trescientos noventicinco, de fecha diez de noviembre del dos mil cuatro, declaró inimputable al procesado Marcos Edwin Ramos Veramendi antes de la sentencia y dispuso su internamiento sin determinar el tiempo de su permanencia en el centro especializado; además no fijó el monto de la reparación civil por el hecho ilícito a favor del agraviado, incurriendo así en omisiones relevante; sin embargo, en aplicación de los principios de economía y celeridad procesales, y conforme a lo dispuesto por el artículo doscientos noventíocho del Código de Procedimientos Penales, esta Sala Penal Suprema se encuentra facultada para subsanar las omisiones advertidas.

Décimo: Que, siendo ello así, para determinar el tiempo de la medida de internación del procesado Marcos Edwin Ramos Veramendi se debe tener en cuenta los siguientes aspectos: **a)** Que conforme es de verse de la evaluación psiquiátrica de fojas trescientos sesentiocho, se concluye que dicho encausado presenta trastorno esquizofreniforme delusional orgánico y requiere evaluación y tratamiento en institución especializado, pericia que fue ratificada a fojas trescientos ochentiuno, donde los especialistas señalaron que "el examinado presenta un trastorno mental que tiene dos componentes, uno orgánico, es decir, que tiene lesión orgánica cerebral demostrable, y dos, tiene alteraciones en el funcionamiento del cerebro como consecuencia de dicha lesión, esta persona tiene el cerebro con alteraciones donde se juntan los dos componentes, tiene alterado no solo el pensamiento, porque se siente perseguido, acosado, etc, sino también, tiene alterado la percepción porque ve o escucha cosas donde no las hay, entonces está alterada la voluntad, la conciencia, la percepción y el pensamiento; no se da cuenta perfectamente de lo que hace: no logra entender lo que es bueno o malo, le da lo mismo si hubiera matado a alguien, describiría con lujo y detalle, porque para él es un hecho común que no reviste la magnitud del tipo legal o moral que tiene una persona normal. *Por eso el procesado es una persona peligrosa que debe recibir un tratamiento en una institución especializada para que el daño no sé mayor*". **b)** Que para fijar el tiempo de internación del procesado Marcos Ramos Veramendi se debe tener en cuenta la peligrosidad delictual del agente, la gravedad del hecho cometido y los delitos que probablemente cometería si no fuera tratado. **c)** Que según las conclusiones de la evaluación psiquiátrica se diagnostica peligrosidad potencial derivada y conexa con la enfermedad que padece dicho procesado, enfatizando que ella puede controlarse prudencialmente con un tratamiento psiquiátrico adecuado. **d)** Que la autoridad correspondiente del Centro de Internación cada seis meses deberá remitir al juez de la causa una pericia circunstanciada que de información sobre la necesidad de mantener la medida de internación aplicada, conforme lo exige el artículo setenticinco del Código Penal.

Determinación del tiempo de la medida de internación en el caso concreto

Décimo Primero: Que, en consecuencia, habiéndose establecido en esta resolución los presupuestos, el procedimiento y la oportunidad de aplicación de la medida de seguridad de internación, prevista en los artículos setenticuatro y setenticinco del Código Penal, corresponde otorgarle a dicha interpretación jurisprudencial el carácter de precedente vinculante en aplicación de lo autorizado por el inciso uno del articulo trescientos uno-A, del Código de Procedimientos Penales, incorporado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuentinueve; y estando a las consideraciones antes expuestas:

DECISIÓN

DECLARARON: NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida de fojas cuatrocientos veintitrés, su fecha veintiséis de noviembre del dos mil cuatro, en el extremo que condena a Arístides Jaime Ramos Veramendi como autor del delito contra la seguridad pública-tráfico ilícito de drogas (artículo doscientos noventiséis en concordancia con el inciso cinco del artículo doscientos noventisiete del Código Penal) en agravio del Estado, y le imponen **doce años** de pena privaba de libertad, la misma que con el descuento de carcelería que viene sufriendo desde el diez de setiembre del dos mil tres, vencerá el nueve de setiembre del dos mil quince; **ciento ochenta días-multa,** a razón del veinticinco por ciento de su remuneración; inhabilitación por tres años y fija en cinco mil soles el monto por concepto de reparación civil deberá abonar en forma solidaria con la sentenciada Silvia Ramos Veramendi a favor del agraviado. **INTEGRARON** la resolución de fojas trescientos noventicinco, su fecha diez de noviembre del dos mil cuatro en el sentido que la duración de la medida de internación dispuesta será de **dos años** debiendo permanecer el inimputable Marcos Edwin Ramos Veramendi, en el Centro Especializado designado, conforme al décimo considerando de esta Ejecutoria. **DISPUSIERON:** Que la presente Ejecutoria suprema, constituya precedente vinculante en lo concerniente a la aplicación de la medida de seguridad de internación, prevista en los artículos setenticuatro y setenticinco del Código Penal y la que alude el octavo considerando de esta resolución. **ORDENARON:** Que el presente fallo se publique en el diario oficial *El Peruano*. **NO HABER NULIDAD** en lo demás que contiene; y los devolvieron.

S.S.

VILLA STEIN / VALDEZ ROCA / PONCE DE MIER / QUINTANILLA QUISPE / PRADO SALDARRIAGA

2.
RECURSO DE NULIDAD N.º 3608-2014-PIURA
CRITERIOS PARA DETERMINAR EL LÍMITE MÁXIMO DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD

Recurso de Nulidad	**N.º 3608-2014-Piura**
Fecha	27.03.2015
Procedencia	Sala Penal Transitoria
Ponente	César San Martín Castro
Tema	Criterios para determinar el límite máximo de la medida de seguridad
Jurisprudencia relevante	ff. jj. n.os 5, 6 y 7
Concordancia	Código Penal: arts. 75 y 173.2.

SUMILLA:

Pena máxima de medida de seguridad

Es de entender que tal límite se encuentra, primero, en la pena que fija el tipo legal concreto perpetrado —las medidas de seguridad no pueden resultar más gravosas que la pena aplicable al hecho cometido—; segundo, el grado de ejecución del delito y el grado de participación del imputado; y, tercero, las circunstancias atenuantes y agravantes que pudieran concurrir siempre que estén desconectadas de aquellos por lo que se aplicó la eximente completa.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N.º 3608-2014
PIURA

Lima, veintisiete de marzo de dos mil quince

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la señora FISCAL ADJUNTA SUPERIOR DE PIURA contra la sentencia de fojas dos mil trescientos veintitrés del diecisiete de octubre de dos mil catorce, que condenó a Ornar Aaron Vignolo Pintado como autor el delito de violación sexual de menor (artículo 173º inciso 2 del Código Penal, según la Ley número 28704, del cinco de abril de dos mil seis), en agravio de V.D.R de la C a la medida de seguridad internación por el término de tres años, así como al pago de cinco mil nuevos soles por concepto de reparación civil.

Interviene como ponente el señor San Martín Castro.

FUNDAMENTOS

Primero. Que la señora Fiscal Adjunta Superior en su recurso formalizado de fojas dos mil trescientos sesenta y ocho insta se aumente el tiempo de duración de la medida de seguridad de internación. Alega que existen suficientes elementos de prueba para imputar los hechos al acusado; que cuando sucedieron los hechos el acusado no era ajeno a la realidad; que la medida de internación de tres años no es proporcional con lo sindicado en la acusación, con la pena que le hubiera correspondido de aplicarse por el delito cometido; que la internación debe ser proporcional a la peligrosidad potencial del agente y coherente con las recomendaciones periciales.

Segundo. Que la sentencia de instancia declaró probado que el día diecisiete de marzo de dos mil siete, como a las cuatro de la tarde, personal de radio patrulla, alertados por una llamada telefónica, intervino al encausado Vignolo Pintado, de veinticinco años de edad, quien se encontraba acompañado de dos menores de edad: V.D.R de la C y V.S.R de la C, gemelos de doce años de edad, quienes habían salido de un hotel. El último de los menores expresó que minutos antes el imputado lo había sometido a acto sexual contra natura, a quien él y su hermano habían conocido hacía un mes en el chat de Hotmail, quien los invitó a la ciudad de Piura; que viajaron en la empresa CIVA procedentes de Lima y llegaron a Piura el día de la intervención a las nueve de la mañana; que el imputado los recogió y los llevó a pasear y luego los llevó al Hospedaje San Ramón; que fueron a una habitación y cuando V.S.R de la C se encontraba duchando, el imputado Vignolo Pintado aprovechó para violar a V.D.R de la C, lo que este último no contó inmediatamente a su hermano por temor.

Tercero. Que sobre la realidad del hecho punible consta en autos prueba suficiente para enervar la presunción constitucional de inocencia. En efecto, el imputado admite conocer a los menores y que estaba con ellos en Piura; agrega que los menores le pidieron ayuda para regresar a Lima, pero afirma que no ingresó a la habitación en cuestión y que no violó a la víctima [fojas nueve, cincuenta y nueve y mil ciento noventa y ocho]. El hecho punible se acredita: **(i)** con las declaraciones de los menores V.D.R de la C y V.S.R de la C de fojas catorce, trescientos nueve y mil doscientos cincuenta y seis, así como de fojas diecinueve, trescientos uno y mil doscientos cincuenta y nueve, respectivamente; **(ii)** con la declaración del policía captor Arellano Seminario de fojas ciento setenta y dos —él los capturó cuando los tres caminaban juntos, luego de salir del hostal—, versión confirmada por la de su colega el Suboficial Técnico de Tercera Policía

Nacional del Perú Fernández Yovera de fojas ciento setenta y siete; **(iii)** con la declaración del administrador del Hostal San Ramón de fojas ciento setenta y cuatro y dos mil doscientos treinta y cinco, quien vio cuando los niños y el imputado ingresaban a la habitación doscientos uno, bajo el pretexto de solicitar los servicios de baño; **(iv)** con el mérito de las actas del registro personal de agraviado, su hermano y el imputado, que da cuenta de que los tres tenían celulares y que el teléfono del imputado estaba registrado por ellos, y que de este último se recibió varias llamadas telefónicas; **(v)** con la pericia médico legal de fojas veinticuatro, ratificado en el acto oral a fojas mil doscientos tres, que da cuenta que el agraviado sufrió actos contra natura reciente y lesión contusa por mecanismo activo; y, **(vi)** con el certificado médico legal de capacidad sexual de fojas novecientos noventa y cinco, ratificado a fojas mil cuarenta y cinco, que acredita que el imputado está en condiciones de causar las lesiones descritas en la pericia médico legal; además, la pericia de fojas doscientos veintitrés revela que el imputado presenta capacidad eréctil conservada.

Cuarto. Que, de otro lado, la falta de capacidad penal del imputado tiene pleno sustento pericial. En efecto, la pericia psiquiátrica de fojas cuatrocientos noventa y cuatro, ratificada a fojas setecientos setenta y ocho, reveló que el encausado presenta esquizofrenia paranoide crónica descompensada, y debería ser declarado inimputable. Tal conclusión es coincidente con el informe médico para ESSALUD de fojas mil quinientos cincuenta y cinco que indicó que el encausado tiene trastorno orgánico esquizofrénico permanente. En igual sentido se pronunció el informe del Hospital San Juan de Dios de fojas mil seiscientos tres; y, con contundencia, la evaluación psiquiátrica del Instituto de Medicina Legal de fojas mil ochocientos treinta y cinco, ratificado a fojas dos mil doscientos treinta y cinco y dos mil doscientos setenta y dos: el imputado sufre de esquizofrenia paranoide crónica y es peligroso. El Informe médico del doctor Carlos Anticona Bringas de fojas mil novecientos treinta y cuatro y pos mil ciento cincuenta y cuatro concluyó que el imputado padece de esquizofrenia paranoide de evolución crónica e incapacidad laboral y social. Además, la sentencia del Séptimo Juzgado de Familia de Lima de fojas mil seiscientos cuarenta y cuatro declaró al encausado incapaz absoluto y le nombró una curadora.

Quinto. Que el encausado Vignolo Pintado no sólo padece de esquizofrenia paranoide crónica, en tanto trastorno de carácter orgánico. Tal condición permanente y la necesidad de tratamiento médico, por su peligrosidad —alta probabilidad de comisión de delitos—, que se

evidencia con el hecho típicamente antijurídico cometido y el propio mal que padece, obliga a la imposición de una medida de seguridad de internación (artículos 72º y 73º Código Penal).

Ahora bien, como existe peligro de que el imputado cometa delitos graves, cuyo indicio —y sólo eso— es el gravísimo delito ya perpetrado que, a su vez, se proyecta hacia el futuro, es evidente la necesidad de la medida de internación. Prima, siempre, el efecto preventivo que demanda la peligrosidad del infractor, pero tomando en cuenta la necesidad de equilibrar la propia capacidad punitiva de la reacción estatal [HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Manual de Derecho Penal - Parte General*, Tomo II, 4ta. Edición, IDEMSA, Lima, 2011, p. 394]. La función limitadora de la intervención que desarrolla el principio de culpabilidad en la medición de la pena es asumido en las medidas de seguridad por el principio de proporcionalidad que se deduce ya del Derecho Constitucional [JESCHECK/WEIGEND: *Tratado de Derecho Penal - Parte General*, Volumen II, Instituto Pacífico, Lima, 2014, p. 1202].

Medida de internación

Sexto. Que establecida la necesidad y cumplidos los presupuestos materiales que hacen viable la imposición de la medida de seguridad de internación, resta resolver la duración de la misma. Al respecto, conforme a su fuente parcialmente hispana, el primer párrafo del artículo 75º del Código Penal establece que: "*La duración de la medida de internación no podrá exceder el tiempo de duración de la pena privativa de libertad que hubiera correspondido aplicarse por el delito cometido*".

Duración de la medida de internación

La sentencia correspondiente, por tanto, ha de fijar un límite máximo de la | medida de internación —ese, en todo caso, es su límite objetivo— (Sentencia I del Tribunal Supremo Español número dos mil ciento siete oblicua dos mil uno, del doce de noviembre). El criterio para la fijación de dicho límite es el tiempo que habría durado la pena privativa de libertad si el sujeto hubiera sido declarado responsable; esto es, desde la dicción de la norma nacional, en función a lo prescrito en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal, que guía el fin de la medida de seguridad, y el artículo VIII del mismo Código, que menciona el principio de proporcionalidad desde los intereses públicos predominantes, debe tomarse en consideración la pena concreta.

Límite máximo de la medida de internación

Es de entender que tal límite se encuentra, primero, en la pena que fija el tipo legal concreto perpetrado —las medidas de seguridad no pueden resultar más gravosas que la pena aplicable al hecho cometido—;

segundo, el grado de ejecución del delito y el grado de participación del imputado; y, tercero, las circunstancias atenuantes y agravantes que pudieran concurrir —siempre que estén desconectadas de aquellos por lo que se aplicó la eximente completa—. A nivel de la culpabilidad, salvo la capacidad penal que no se toma en cuenta, no se presentan marcadas circunstancias que permitan una supuesta penalidad por encima del mínimo legal, de por sí muy grave. Por tanto, si se aplica ese criterio, entonces, el límite máximo, visto el conjunto del suceso histórico y su dañosidad social, no podrá ser superior a treinta años —que es la pena mínima prevista en el artículo 173º inciso 2 Código Penal, modificado por la Ley número veintiocho mil setecientos cuatro, del cinco de abril de dos mil seis—.

Determinación de la medida de internamiento

Por ahora no puede fijarse un límite menor, aun cuando es de entender que las normas individualizadoras de los criterios que concretan la peligrosidad son estrictamente personales y no pueden transferirse de individuo en individuo, lo que funciona como un límite subjetivo que se concreta mediante un pronóstico judicial con base, entre otros, en la apreciación pericial psiquiátrica, más allá de todas las dificultades e inseguridad que ello comporta [Vives Antón, Tomás: *Comentarios al Código Penal Español de 1995*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, Volumen I, página 64].

Límite subjetivo

Debe quedar claro, en todo caso, que el hecho previo es sólo una pauta orientativa concreta para examinar cuál sería una duración razonable de la internación; no es una base definitiva para la mensuración de la medida [Ziffer, Patricia: *Medidas de Seguridad. Pronósticos de peligrosidad en Derecho Penal*, Editorial Hammurabi, 1ra. Edición, Buenos Aires, 2008 páginas 124 y 129]. No puede equipararse pena y medida de seguridad, por los distintos objetivos que persiguen.

Pena y medida de seguridad

Séptimo. Que, con arreglo a los párrafos segundo y tercero del citado artículo 75º del Código Penal, el límite máximo fijado no es irreversible o inmodificable —por esto es solo máximo— sino que, por su propia naturaleza, permite que la duración de la internación acordada se interrumpa antes del vencimiento de dicho tope cuando la recuperación o mejora de la salud del anormal psíquico grave permita la cesación de dicha medida; esto es, cuando conste la curación o la desaparición del estado de peligrosidad —la medida de seguridad se fundamenta en la peligrosidad y está orientada a prevenirla—. Este juicio en orden a la probabilidad de una conducta futura del interno socialmente dañosa, así como el convencimiento sobre el grado de remisión de la enfermedad, corresponde al Juez de la Ejecución, a través de controles sucesivos en la que ha de comprobar la concurrencia o no de los presupuestos

Límite máximo modificable

que en su día determinaron la decisión de la internación [Sentencia del Tribunal Constitucional Español número ciento doce oblicua mil novecientos noventa y ocho, del ocho de junio, y doscientos cuarenta y uno oblicua mil novecientos noventa y tres del veintiuno de enero].

Ejecución de la internación

La internación se cumplirá en un centro hospitalario especializado o, según las exigencias institucionales, por decisión del Juez de la Ejecución, en otro establecimiento especializado, con fines terapéuticos, siempre que se asegura el debido tratamiento y seguridad del interno. No cabe, por principio, una finalidad de mera custodia, porque la enfermedad crónica y orgánica que padece el imputado requiere de un tratamiento terapéutico sostenido.

El recurso acusatorio debe estimarse y así se declara.

DECISIÓN

Por estas razones: declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas dos mil trescientos veintitrés del diecisiete de octubre de dos mil catorce, en cuanto condenando a Ornar Aaron Vignolo Pintado como autor del delito de violación sexual de menor en agravio de V.D.R de la C, le aplicó la medida de seguridad de internación con fines de custodia y de tres años como tiempo de duración; reformándola en este punto: le **IMPUSIERON** la medida de seguridad de internación con fines terapéuticos hasta por el límite máximo de treinta años en un centro hospitalario especializado o, según las exigencias institucionales, por decisión del Juez de la Ejecución, en otro establecimiento especializado. **MANDARON** se remita la causa al Tribunal de origen para la ejecución procesal de la sentencia, conforme al artículo 75° del Código Penal y demás normas del Código de Procedimientos Penales, a fin de evaluar semestralmente la persistencia del trastorno y, fundamentalmente, si desapareció la peligrosidad del sujeto: probabilidad de comisión de nuevos delitos. Hágase saber a las partes personadas en esta sede suprema.

S.S

SAN MARTÍN CASTRO /PRADO SALDARRIAGA /SALAS ARENAS /BARRIOS ALVA /PRÍNCIPE TRUJILLO

SECCIÓN CUARTA

Extinción de la acción penal y de la pena

1.
RECURSO DE NULIDAD N.° 2860-2006-ANCASH
DETERMINACIÓN DE PENA MÁXIMA ABSTRACTA Y CONCRETA PARA EFECTOS DE ESTABLECER LA PRESCRIPCIÓN

Recurso de Nulidad	**N.° 2860-2006-Ancash**
Fecha	25.06.2007
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponente	César San Martín Castro, Roger Salas Gamboa, Víctor Prado Saldarriaga y Hugo Príncipe Trujillo
Tema	Determinación de pena máxima abstracta y concreta para efectos de determinar la prescripción
Precedente vinculante	ff. jj. n.os 3 y 4
Concordancia	Código Penal: arts. 173.3, 80 y 83 Código de Procedimientos Penales: art. 301-A Ley N.° 26293

SUMILLA:
Texto original el artículo ciento setenta y tres del Código Penal conminaba en sus tres incisos penas de diferente duración [...] sin embargo, solo consignaba el mínimo de la pena legal y omitía toda referencia expresa a su límite máximo; [...] por estrictas razones sistemáticas entre las aludidas circunstancias definidas en cada inciso del tipo legal, este debe corresponder al mínimo legal previsto para el grupo etareo precedente.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N.° 2860-2006
ANCASH

Lima, veinticinco de junio del dos mil siete.

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por la señora Fiscal Adjunta Superior contra el auto superior de fojas ciento sesenta y dos, del dieciocho de mayo de dos mil seis, que declara extinguida por prescripción la acción incoada contra

Gaudencio Huamán Carrasco por delito contra la Libertad-violación sexual de menor en agravio de Y.D.C.T; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal.

CONSIDERANDO

Primero: Que la señora Fiscal Adjunta Superior en su recurso formalizado de fojas ciento sesenta y seis alega que como en el texto original del inciso tres del artículo ciento setenta y tres del Código Penal no se fijó el máximo de la pena es de aplicación lo previsto en el artículo ochenta del acotado Código Sustantivo, que estipula que la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito; agrega que la Ley número veintiséis mil doscientos noventa y tres es más benigna para el imputado, ya que estableció para el mencionado delito una pena no mayor a los quince años y, desde ese punto de vista, la acción penal recién prescribiría a los veintidós años y seis meses.

Segundo: Que según la acusación escrita de fojas ciento nueve el delito incriminado se perpetró en el mes de abril de mil novecientos noventa y tres, cuando se encontraba vigente el texto original del inciso tres del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, que establecía como pena privativa de libertad una no menor de cinco años, pero no determinaba su duración máxima.

Delito de violación de menores

Tercero: Que, ahora bien, el artículo ciento setenta y tres del Código Penal prevé la penalidad que corresponde aplicar al autor de un delito de violación de menores y establece distintas escalas penales que toman en cuenta para su mayor o menor gravedad la edad concreta del sujeto pasivo al momento de comisión del delito; que en su texto original el artículo ciento setenta y tres del Código Penal conminaba en sus tres incisos penas de diferente duración, según el grupo etareo que se señalaba en cada uno de ellos, sin embargo, solo consignaba el mínimo de la pena legal y omitía toda referencia expresa a su límite máximo; que, no obstante ello, tal opción legislativa —por una ineludible aplicación del principio de proporcionalidad de las penas y de coherencia y autolimitación interna entre las circunstancias agravantes legalmente incorporadas— no autoriza a concluir que el extremo superior de penalidad legal no existe y que, por ello, deba acudirse al límite general o abstracto de la pena privativa de libertad; que, por el contrario, y —como se ha expuesto precedentemente— por estrictas razones sistemáticas entre las aludidas circunstancias definidas en cada inciso del tipo legal, este debe corresponder al mínimo legal previsto para el grupo etareo precedente; [que, por consiguiente, para el inciso tercero el

Grados de la pena en el delito de violación de menores

máximo de pena aplicable era el mínimo señalado en el inciso segundo, y para el inciso segundo el máximo legal correspondía al extremo mínimo de pena conminada establecido en el inciso primero; que en relación a este último inciso el máximo legal de la pena conminada sería el genérico que establecía el hoy suprimido artículo veintinueve del Código Penal, también en su texto original, para la pena privativa de libertad y que era de veinticinco años.

Criterios para la delimitación de la pena máxima de cada circunstancia

Cuarto: Que en la redacción actual del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, que fuera introducida por la Ley número veintiocho mil setecientos cuatro, del cinco de abril de dos mil seis, así como en las modificaciones establecidas por las Leyes números veintiséis mil doscientos noventa y tres, veintisiete mil cuatrocientos setenta y dos, veintisiete mil quinientos siete y veintiocho mil doscientos cincuenta y uno, sí se consignó para cada inciso un límite mínimo y máximo de pena conminada; que con relación a la agravante especial que describe el párrafo final del texto vigente del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, la pena aplicable a los casos de los incisos dos y tres es de cadena perpetua; que, no obstante ello, en la redacción precedente que introdujo la Ley número veintiocho mil doscientos cincuenta y uno, del ocho de junio de dos mil cuatro, para dicho supuesto agravado la pena privativa de libertad señalaba solamente un mínimo de treinta años, por lo que para los supuestos contenidos en los incisos antes mencionados el máximo de pena privativa de libertad aplicable era de treinta y cinco años, pues el inciso uno consignaba como pena exclusiva la de cadena perpetua.

Regulación actual del art. 173 del CP

Quinto: Que conforme al artículo ochenta del Código Penal el plazo ordinario de prescripción de la acción penal es igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad y, su plazo extraordinario opera conforme a la parte *in fine* del artículo ochenta y tres del acotado Código cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción.

Plazos de prescripción

Sexto: Que en aplicación del tercer y cuarto fundamento jurídico de la presente Ejecutoria Suprema y en atención a la pena conminada para el supuesto de hecho descrito en el texto original del inciso dos del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, esto es, ocho años de privación de libertad, la prescripción extraordinaria de la acción penal opera a los doce años; que, por consiguiente, desde la fecha de la comisión del delito incriminado —abril de mil novecientos noventa y tres— a la actualidad dicho plazo ha transcurrido con exceso.

Determinación del plazo de prescripción en el caso

Séptimo: Que en virtud al alcance general de la interpretación realizada respecto de la prescripción en atención a los tipos legales que introducen circunstancias agravantes sucesivas sin fijar el extremo máximo de la pena conminada, es pertinente otorgarle el carácter de precedente vinculante en aplicación de lo previsto en el inciso uno del artículo trescientos uno-A del Código de Procedimientos Penales, incorporado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve.

DECISIÓN

Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la resolución de fojas ciento sesenta y dos, del dieciocho de mayo de dos mil seis, que declaró de oficio extinguida la acción penal por prescripción en el proceso seguido contra Gaudencio Huamán Carrasco por el delito de violación sexual en agravio de Y.D.C.T.; con lo demás que contiene; **DISPUSIERON** que los fundamentos jurídicos tercero y cuarto de la presente Ejecutoria constituyen precedente vinculante para establecer el plazo de prescripción de la acción penal en aquellos delitos en que el legislador no ha previsto pena máxima; **ORDENARON** que el presente fallo se publique en el diario oficial *El Peruano*; con lo demás que contiene; y los devolvieron.

S. S.

SALAS GAMBOA / SAN MARTÍN CASTRO / PRADO SALDARRIAGA / PRINCIPE TRUJILLO / URBINA GAVINI

SECCIÓN QUINTA
La reparación civil

1.
RECURSO DE NULIDAD N.° 216-2005-HUÁNUCO
CRITERIOS PARA FIJAR EL MONTO DE LA REPARACIÓN CIVIL EN SENTENCIAS SUCESIVAS DE UN EVENTO CRIMINAL

Recurso de Nulidad	**N.° 216-2005-Huánuco**
Fecha:	14.04.2005
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponentes	César San Martín Castro, Hugo Sivina Hurtado, Andres Palacios Villar, José Lecaros Cornejo y Hugo Molina Ordoñez
Tema	Criterios para fijar el monto de la reparación civil en sentencias sucesivas de un evento criminal
Precedente vinculante	f. j. n.° 6
Concordancia	Código Penal: arts. 46.2, 93 y 95 Código de Procedimientos Penales: arts. 300 y 301-A

SUMILLA:
La restitución, pago del valor del bien o indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, según corresponda, cuando se trate de procesos en los que exista pluralidad de acusados por el mismo hecho y sean sentenciados independientemente, por diferentes circunstancias contempladas en nuestro ordenamiento procesal penal, debe ser impuesta para todos, la ya fijada en la primera sentencia firme, esto con el objeto de que: a) Exista proporción entre el daño ocasionado y el resarcimiento, b) se restituya, se pague o indemnice al agraviado sin mayor dilación, y c) no se fijen montos posteriores que distorsionen la naturaleza de la reparación civil dispuestas mediante los artículos noventa y tres, y noventa y cinco del Código Penal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N.° 216-2005
HUÁNUCO

Lima, catorce de abril de dos mil cinco.

VISTOS: Con lo expuesto por el señor fiscal supremo en lo Penal.

CONSIDERANDO

Primero: Que esta Suprema Sala conoce el presente proceso por haber interpuesto recurso de nulidad el acusado Jofre Rivera Ruiz contra la sentencia condenatoria de fojas trescientos setenta y uno; que dicho encausado expone en su recurso formalizado que: **i)** No se ha tomado en cuenta que solo existe la imputación del sentenciado Alfaro Cruz, quien ha referido, sin ningún medio de prueba corroboratorio, que el que proporcionó la droga fue él; y, ***ii)*** que no ha quedado establecido ni obra prueba alguna que acredite su responsabilidad, en consecuencia, nada establece que haya hecho del tráfico ilícito de drogas su "*modus vivendi*", además que en su poder no se incautó ningún bien referido al ilícito.

Segundo: Que del estudio de autos se advierte que el acusado ha sido señalado por el sentenciado Raúl Alfaro Cruz de manera uniforme desde la investigación preliminar como quien le vendió la droga que se le incautó, sindicación que se encuentra corroborada con la descripción clara y coincidente que realiza del bien inmueble donde se realizó la transacción, y con el acta de hallazgo de fojas treinta y siete de la que se aprecia se incautó dos balanzas que servían para el pesado de la indicada droga.

Naturaleza de la reincidencia

Tercero: Que, por otro lado, si bien la reincidencia no es un factor o circunstancia específica de agravación de la sanción, de conformidad con el inciso once del artículo cuarenta y seis del Código Penal es de tener en cuenta la reiteración delictiva para la individualización judicial de la pena.

Cuarto: Que de la primera sentencia emitida en autos, que obra a fojas doscientos treinta, de fecha veintinueve de marzo del año mil uno, se advierte que se condenó a Raúl Alfaro Cruz o Antonio Cruz Aponte o Raúl Jorge Alfaro Cruz por delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado, y se le impuso ocho años de pena privativa de la libertad y el pago de mil quinientos soles por concepto de reparación civil a favor del agraviado, sentencia que fue confirmada en estos extremos mediante Ejecutoria suprema de fojas doscientos cincuenta y siete, de fecha seis de marzo del año dos mil dos; que de la sentencia recurrida de fojas trescientos setenta y uno, de fecha once de noviembre del año dos mil cuatro, se advierte que se condenó a Jofre Rivera Ruíz por delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado, por los mismos hechos a que se refiere el fallo citado primer término, y se le impuso ocho años de pena privativa de la libertad y fijó en mil soles por concepto de reparación civil; que advirtiéndose que las reparaciones

civiles fijadas en ambas sentencias son disímiles no obstante tratarse de un solo hecho delictivo, condición que amerita ser objeto de análisis por este Supremo Tribunal.

Quinto: Que la reparación civil importa el resarcimiento del bien o indemnización por quién produjo el daño delictivo, cuando el hecho afectó los intereses particulares de la víctima; que, conforme lo estipulado por el artículo noventa y tres del Código Penal, la reparación civil comprende: **a)** La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor, y **b)** la indemnización de los daños y perjuicios; que, asimismo, de conformidad con el artículo noventa y cinco del acotado Código, la reparación civil es solidaria entre los responsables del hecho punible.

Contenido jurídico de la reparación civil

Sexto: Que, en este contexto, la restitución, pago del valor del bien o indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, según corresponda, cuando se trate de procesos en los que exista pluralidad de acusados por el mismo hecho y sean sentenciados independientemente, por diferentes circunstancias contempladas en nuestro ordenamiento procesal penal, debe ser impuesta para todos, la ya fijada en la primera sentencia firme, esto con el objeto de que: **a)** Exista proporción entre el daño ocasionado y el resarcimiento, **b)** se restituya, se pague o indemnice al agraviado sin mayor dilación, y **c)** no se fijen montos posteriores que distorsionen la naturaleza de la reparación civil dispuestas mediante los artículos noventa y tres, y noventa y cinco del Código Penal.

Imposición de la reparación civil en procesos con pluralidad de acusados y sus fines

Séptimo: Que lo anotado precedentemente daría lugar a que en el presente caso se varié la reparación civil fijada al encausado mediante la sentencia recurrida de fecha once de noviembre del año dos mil cuatro; que, sin embargo, la parte civil no ha impugnado este extremo, y el encausado Jofre Rivera Ruíz es el único que interpone recurso de nulidad, en aplicación del artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo novecientos cincuenta y nueve, concordante con el artículo trescientos setenta del Código Procesal Civil, no resulta posible elevar el monto de la reparación civil fijada, pues ello constituiría una reforma en peor, lo que no está permitido por las precitadas normas legales.

Variación de la reparación frente a la *reformatio in peius*

Octavo: Que, en consecuencia, habiéndose establecido los criterios para fijar la reparación civil en casos en los que existe pluralidad de agentes en un hecho punible, corresponde otorgar a dicha interpretación jurisprudencial el carácter de precedente vinculante conforme a lo anotado en el considerando sexto de la presente ejecutoria, en aplicación a lo previsto por el apartado uno del articulo trescientos uno A, del

Código de Procedimientos Penales, incorporado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve.

DECISIÓN

Por estos fundamentos: Declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida de fojas trescientos setenta y uno, de fecha once de noviembre del año dos mil cuatro, que condena a Jofre Rivera Ruiz a ocho años de pena privativa de la libertad por delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado, al pago de ciento días multa a razón del veinticinco por ciento de su ingreso diario declarado, e inhabilitación por el término de cuatro años conforme al inciso uno, dos y cuatro del artículo treinta y seis del Código Penal; fija en mil soles el monto que por concepto de reparación civil abonará el sentenciado en favor del agraviado; **MANDARON** que el fundamento jurídico del sexto considerando de la presente Ejecutoria suprema constituye precedente vinculante; **ORDENARON** que el presente fallo se publique en el diario oficial *El Peruano*; y los devolvieran.

S.S.

SIVINA HURTADO / SAN MARTÍN CASTRO / PALACIOS VILLAR / LECAROS CORNEJO / MOLINA ORDOÑEZ.

SEGUNDA PARTE
DERECHO PENAL-PARTE ESPECIAL

SECCIÓN PRIMERA
Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud

I.
LESIONES

1.
RECURSO DE NULIDAD N.º 1865-2015-HUANCAVELICA
DELITO DE LESIONES POR VIOLENCIA FAMILIAR

Recurso de Nulidad	**N.º 1865-2015-Huancavelica**
Fecha	26.07.16
Procedencia	Sala Penal Transitoria
Ponente	César San Martín Castro
Tema	Delito de lesiones por violencia familiar
Jurisprudencia relevante	ff. jj. n.os 4 y 5
Concordancia	Código Penal: art. 39, 57, 122-B Ley N.º 30364: Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar

SUMILLA:

Delito de lesiones por violencia familiar [...] i) En esta clase de infracciones penales, que ocasionan grave alarma social, la lógica comisiva es su reiteración y el nivel de progresión en la agresión a la mujer es una constante, si es que no se trata psicológica y/o psiquiátricamente al agresor —de modo especial— y a la agredida —para evitar su victimización sucesiva y la banalización del mal que produce— Por razones de prevención general y especial no es adecuado suspender la ejecución de la pena. La respuesta punitiva debe ser más intensa, ii) La ley número 30364, precisó como pena conjunta principal la inhabilitación —que no incluía la legislación anterior—, debiendo entenderse que las incapacitaciones previstas son las señaladas en los numerales 10 y 11 del artículo 36 del Código Penal, según la ley número 30076, de diecinueve de agosto del dos mil quince, iii) La indicada ley, además, impone junto a la pena privativa de libertad y la inhabilitación, la aplicación de la medida de "tratamiento de reeducación de carácter multidisciplinario y diferenciado" (artículos 31 y 32), que los fiscales están obligados a solicitar y los jueces a imponer.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
R. N.º 1865-2015
HUANCAVELICA

Lima, veintiséis de julio de dos mil dieciséis

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el encausado Ramiro Peñares Vilcas contra la sentencia de fojas seiscientos setenta y uno, de diecisiete de junio del dos mil quince, que lo condenó como autor del delito de lesiones leves por violencia familiar en agravio de Jesús Patricia Paredes Taype a cuatro años de pena privativa de libertad efectiva y al pago de veinte mil soles por concepto de reparación civil. Interviene como ponente el señor San Martín Castro.

FUNDAMENTOS

Primero. Que el encausado Peñares Vilca en su recurso formalizado de fojas seiscientos noventa y seis, de dos de julio del dos mil quince, insta la desvinculación del tipo legal condenado y se le imponga una pena de ejecución suspendida, así como se le disminuya la reparación civil. Alega que se restó importancia a la testimonial de descargo, de la que fluye que la víctima no había sufrido un menoscabo grave de su salud; que no tiene fundamento una pena efectiva y con esa finalidad no se motivó correctamente tal decisión; que la sentencia no es clara en determinar que si con la agraviada fueron o no convivientes; que no se tuvo en cuenta su condición económica para fijar la reparación civil, y el hecho de que una pena efectiva impedirá que cumpla con sus obligaciones familiares.

Segundo. Que la sentencia de instancia declaró probado que el día tres de marzo del dos mil diez, como a las veintiún horas con treinta minutos, luego que el imputado Peñares Vilcas, la agraviada Paredes Taype y la colega de esta última, Ernestina Baldeón Sánchez, bebieron licor en la casa de la madre del imputado, ubicada en Jirón Ica número trescientos setenta y dos, de Barrio de Bellavista-Huancavelica, optaron por retirarse de ese domicilio para acompañar a Baldeón Sánchez a su vivienda. Luego de dejar a esta última en su casa, la agraviada Paredes Taype quiso ingresar a su domicilio, ubicado en la avenida Centenario sin número, lo que no fue permitido por el encausado Peñares Vilcas, a consecuencia de lo cual se produjo una discusión y, luego, una reiterada agresión por este último contra la agraviada Paredes Taype, al punto que le fracturó el tabique nasal —lo que generó una incapacidad médico legal de veinticinco días—, y la condujo contra su voluntad a su domicilio, donde la retuvo por espacio de siete días y, para curar sus heridas, contrató a Rodolfo Riveros Llancari, quien le suministro antibióticos y antiinflamantes. El imputado en todo momento la amenazó de muerte.

Tercero. Que es de precisar que el citado encausado Peñares Vilcas fue absuelto por el delito de secuestro. Ese extremo de la sentencia no fue recurrido por el fiscal.

El imputado Peñares Vilcas, en cambio, fue condenado expresamente por el delito de lesiones leves por violencia familiar (artículo 122-B del Código Penal). La previa convivencia entre imputado y agraviada incluye un supuesto hábil del tipo legal en referencia: el artículo 2 del Decreto Supremo N.º 006-97-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar, del veintisiete de junio del dos mil siete, incorpora dentro de sus supuestos tanto a los convivientes cuanto a los ex convivientes —norma que fue modificada, en esos términos por la Ley N.º 27306, de quince de julio del dos mil—. Es impertinente indicar, como contradictoriamente menciona la sentencia de instancia (folios diez), que entre imputado y agraviada no existía vínculo familiar, obviando que párrafos después menciona los alcances de la legislación sobre violencia familiar y su comprensión a los ex convivientes (folios trece).

Como la tipificación incluye, indistintamente, a los convivientes y a los ex convivientes, la falta de precisión de esta situación, incluso su referencia contradictoria, no es relevante para el juicio de adecuación típica. Es verdad que la sentencia no es unívoca y contundente en este punto, pero en uno u otro caso la aplicación del artículo 122-B del Código Penal es terminante; luego, por falta de trascendencia, no es del caso anular la sentencia.

Cuarto. Que cabe añadir que con posterioridad a la sentencia de instancia se dictó la Ley N.º 30364, de veintitrés de noviembre del dos mil quince, que derogó el artículo 122-B del Código Penal, pero al modificar el artículo 122 de ese Cuerpo de Leyes, incorporó ese supuesto en el apartado tercero, literal "c". Esa Ley, además, precisó como pena conjunta principal la inhabilitación —que no incluía la legislación anterior—, debiendo entenderse que las incapacitaciones previstas son las señaladas en los numerales 10 y 11 del artículo 36 del Código Penal, según la Ley N.º 30076, de diecinueve de agosto del dos mil quince: *"privación del derecho a residir en determinados Jugares o acudir a ellos, y prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas que determina el juez"*.

En los delitos producidos con anterioridad a la Ley N.º 30364 "Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar", que reemplazó a la Ley N.º 26260 —y sus ampliatorias y modificatorias—, "Ley de protección frente a la violencia familiar", es posible imponer como pena accesoria las dos incapacitaciones antes citadas, porque se trata de delitos que importan la infracción de un deber especial, de atribuciones o facultades o de abuso de poder (artículo 39 del Código Penal), en este caso de las relaciones

Ley de protección frente a la violencia familiar

de género para imponer conductas, o someter o castigar a la mujer por su condición de tal.

Quinto. Que no se ha cuestionado la adecuación típica de la agresión del imputado contra la agraviada desde el punto de vista de su resultado. Se tipificó como lesiones leves, en atención a lo señalado en el certificado médico legal de fojas sesenta y cinco, reiterado en el certificado médico legal de fojas ciento ochenta y tres. Las lesiones no superaron los treinta días de incapacidad médico legal.

Lesiones leves en la violencia familiar

Lamentablemente el fiscal y la víctima no recurrieron ese extremo de la sentencia, pese a que existen constancias probatorias de Essalud que dan cuenta de un resultado más grave [fojas sesenta y seis y sesenta y siete]. Los principios de efecto parcial devolutivo (*tantum devolutum quantum appellatum*: tanto devuelto como apelado) y de interdicción de la reforma peyorativa impiden a este Supremo Tribunal un pronunciamiento al respecto.

Sexto. Que, en cuanto a la pena impuesta, esta se encuentra dentro de los parámetros fijados por el tipo legal. Y, si se toma en cuenta los actos de agresión reiterados contra la agraviada, la conducción violenta a la casa de la madre del imputado, el estado de terror que sufrió la víctima, la imposibilidad de que salga de la casa en cuestión por varios días, al punto de que el imputado ni siquiera la llevó a un médico sino que la hizo atender por una persona que no tenía capacitación sanitaria —ello implica una intensidad adicional de afectación a la agraviada—, la pena efectiva impuesta está arreglada a derecho.

Inaplicación de una suspensión de la ejecución de la pena

Nada indica que con una pena de carácter suspendida el imputado no reincidiría en la comisión de delitos similares (artículo 57, apartado 2 del Código Penal), tanto más si en esta clase de infracciones penales, que ocasionan grave alarma social, la lógica comisiva es su reiteración y el nivel de progresión en la agresión a la mujer es una constante, si es que no se trata psicológica y/o psiquiátricamente al agresor —de modo especial— y a la agredida —para evitar su victimización sucesiva y la banalización del mal que produce—. Esa es la conclusión a que arriban los estudios criminológicos en esta clase de delitos, que incluso generan serios efectos ulteriores en las víctimas de violencia de género, que devastan su autoestima y posición participativa en la sociedad. Por razones de prevención general y especial no es adecuado suspender la ejecución de la pena. La respuesta punitiva debe ser más intensa.

Pena conjunta de inhabilitación principal

Es de rigor acotar que la Ley ya citada N.º 30364 impone, además, junto a la pena privativa de libertad y la inhabilitación, la aplicación de la medida de "tratamiento de reeducación de carácter multidisciplinario

y diferenciado" (artículos 31 y 32), que los fiscales están obligados a solicitar y los jueces a imponer.

Séptimo. Que, en lo atinente a la reparación civil, esta se determina en función al daño causado; no se toma en cuenta las posibilidades económicas del imputado, sino la afectación sufrida por la víctima en atención a las lesiones inferidas. El monto de veinte mil soles, atento a lo padecido por la víctima es incluso insuficiente.

Reparación civil no toma en cuenta las posibilidades económicas del imputado

El recurso defensivo debe desestimarse y así se declara.

DECISIÓN

Por estas razones: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas seiscientos setenta y uno, de diecisiete de junio de dos mil quince, que condenó a Ramiro Peñares Vilcas como autor del delito de lesiones leves por violencia familiar en agravio de Jesús Patricia Paredes Taype a cuatro años de pena privativa de libertad efectiva y al pago de veinte mil soles por concepto de reparación civil. **DISPUSIERON** se remita la causa al Tribunal Superior para que por ante el órgano jurisdiccional competente se instaure la ejecución procesal de la sentencia condenatoria. Hágase a las partes personadas en esta sede suprema. Interviene el señor juez supremo José Antonio Neyra Flores por licencia del señor juez supremo Jorge Luis Salas Arenas.

S.S.
SAN MARTÍN CASTRO /PRADO SALDARRIAGA /BARRIOS ALVARADO /PRÍNCIPE TRUJILLO /NEYRA FLORES

SECCIÓN SEGUNDA
Delitos contra la libertad

I.
VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL

1.
RECURSO DE NULIDAD N.º 2349-2014-MADRE DE DIOS
PARA LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS, LA EXPLOTACIÓN SEXUAL O LABORAL DEBE SER LA RAZÓN INICIAL Y PRINCIPAL PARA CAPTAR O TRASLADAR AL AGRAVIADO

Recurso de Nulidad	**N.º 2349-2014-Madre de Dios**
Fecha	28.01.16
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponente	Javier Villa Stein
Tema	Para la configuración del delito de trata de personas, la explotación sexual o laboral debe ser la razón inicial y principal para captar o trasladar al agraviado.
Jurisprudencia relevante	ff. jj. n.ºs 5 y 8
Concordancia	Código Penal: art. 153

SUMILLA:
Sin embargo, tal como lo ha sostenido la agraviada —[...]—, el hacer "pases" no fue la intención primigenia por la cual fue a trabajar al bar, sino que en una oportunidad la procesada le sugirió que lo haga. De allí que este fue un evento aislado y no la razón por la que la procesada habría llevado a la menor a trabajar a su bar. Para que se configure el delito de trata por explotación sexual, esta tiene que ser la razón por la cual se traslada o capta a la menor desde un inicio.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N.º 2349-2014
MADRE DE DIOS

Lima, veintiocho de enero del dos mil dieciséis

I. VISTOS

El recurso de nulidad interpuesto por la **Representante del Ministerio Público** contra la sentencia —fojas 422— del catorce de mayo de dos mil catorce que absolvió a Elsa Cjuno Huillca de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito contra la libertad personal — trata de personas en agravio de Diana Rosmery Quispe Rodríguez. Interviniendo como ponente el señor juez supremo Villa Stein.

Fundamentos del recurso de nulidad

La representante del ministerio público, en su recurso de nulidad fundamentado — fojas 448— argumenta que:

> 1. Es una contradicción en la sentencia impugnada, que se considere como probado el que la menor Diana Rosmery Quispe Rodríguez haya sido captada para trabajar en el bar de la procesada bajo condiciones laborales extremas, con jornadas desde las 10 horas hasta las 23 horas diariamente y que aun así se haya emitido fallo absolutorio.
>
> 2. La agraviada al momento de los hechos contaba con 15 años de edad, siendo una persona vulnerable por sus condiciones personales, dadas las condiciones laborales a las que fue sometida, nos encontramos ante un supuesto de explotación.
>
> 3. La procesada incluso llegó a sugerir a la agraviada que hiciera "pases" que no es otra cosa que mantener relaciones sexuales con los clientes del bar a cambio de una ventaja económica. De modo que también se habría cometido el delito de trata bajo la figura de explotación sexual al haberse sometido a la agraviada a trabajar en un lugar donde se podía llevar a cabo este tipo de actos.

Imputación Fáctica — hechos —

Según la acusación fiscal —fojas 130— se imputa a la procesada Elsa Cjuno Huillca que el 02 de enero del 2008, cuando la menor Diana Rosmery Quispe Rodríguez contaba con 14 años de edad, se encontraba trabajando en la localidad de Mazuko —Tambopata, donde fue interceptada por la procesada y conducida al sector minero sito en la localidad de Manuani— Mazuko, donde la hizo trabajar en su bar como "dama de compañía", acompañando a los parroquianos que concurrían a dicho local, siendo obligada a trabajar consumiendo bebidas alcohólicas en beneficio de la procesada Elsa Cjuno Huillca.

II. FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL

Atipicidad y fallo absolutorio

1. Al interior de proceso penal se determina la responsabilidad penal del procesado mediante la acreditación, mediante la prueba, de la imputación táctica contenida en la acusación fiscal y que viene a ser el objeto de la prueba. Cuando esos hechos resultan atípicos, o la prueba actuada durante el proceso no logra demostrar el íntegro de la acusación fiscal dejando como no probados hechos que forman parte del tipo penal, se un fallo absolutorio.

La explotación como elemento fin

2. En el presente caso, se observa que el tipo penal de trata de personas previsto en el artículo 153 del Código Penal[1], al ser aplicada a menores de edad —adolescentes como la agraviada— no exige que el agente se valga de alguno de los medios comisivos propios de este delito. Pero ciertamente sí exige que la captación sea con fines de *explotación.* En tanto no se especifica qué tipo de explotación, se entiende que engloba a la explotación sexual y laboral.

Elementos del tipo penal y principio de legalidad

3. Fue la ausencia de ese elemento del tipo penal la razón esencial de la solución absolutoria. Ese criterio que respeta el principio de legalidad en su manifestación del mandato de determinación —*lex certa*— no permite que hechos en los cuales no se advierte explotación, sean considerados como delito de trata.

Cantidad de horas laboradas no guarda relación directa con la explotación laboral

4. La recurrente pretende asimilar a explotación laboral las condiciones en las que trabajaba la menor, con específica mención al horario de la jornada laboral que desempeñaba. Efectivamente, la cantidad de horas que la propia procesada señala que trabajaba la agraviada, son excesivas, más de 12 horas diarias —véase declaraciones de la agraviada a fojas 16 y 370—.

---

1 **Artículo 153 del Código Penal vigente al momento de los hechos en 2008.— Trata de personas.—** *"El* que promueve, favorece, financia o facilita la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país, recurriendo a: la violencia, la amenaza u otras formas de coacción, la privación de libertad, el fraude, el engaño, el abuso del poder o de una situación de vulnerabilidad, o la concesión o recepción de pagos o beneficios, con fines de explotación, venta de niños, para que ejerza la prostitución, someterlo a esclavitud sexual u otras formas de explotación sexual, obligarlo a mendigar, a realizar trabajos o servicios forzados, a la servidumbre, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud u otras formas de explotación laboral, o extracción o tráfico de órganos o tejidos humanos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.

La captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de niño, niña o adolescente con fines de explotación se considerará trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios señalados en el párrafo anterior". ***La negrita es nuestra.***

5. Sin embargo, este exceso en la cantidad de horas no implica por sí mismo explotación laboral, por cuanto este concepto se materializa cuando la labor realizada agota la fuerza del trabajador. Esto significa que no solo se debe tener en cuenta la cantidad de horas, sino el tipo de trabajo que se realiza para poder determinar si existe o no explotación laboral de cara al tipo penal de trata de personas.

Configura delito cuando se agota las fuerzas del trabajador

6. De este modo, el hacer de dama de compañía, y entendida esta como una persona que simplemente bebe con los clientes sin tener que realizar ninguna otra actividad, no se presenta como una labor que vaya a agotar la fuerza de la trabajadora.

Dama de compañía: concepto

7. La representante del Ministerio Público, también sostiene que se habría realizado el delito de trata de personas por explotación sexual debido a que el local permitía que se lleven a cabo este tipo de actos. Incluso se menciona que el término "pase" era empleado en el bar para manifestar una relación sexual de una dama de compañía con uno de los clientes.

8. Sin embargo, tal como lo ha sostenido la agraviada —fojas 18,52, 53—, el hacer "pases" no fue la intención primigenia por la cual fue a trabajar al bar, sino que en una oportunidad la procesada le sugirió que lo haga. De allí que este fue un evento aislado y no la razón por la que la procesada habría llevado a la menor a trabajar a su bar. Para que se configure el delito de trata por explotación sexual, esta tiene que ser la razón por la cual se traslada o capta a la menor desde un inicio.

Explotación sexual como fin

9. Al existir ausencia de uno de los elementos del tipo penal de trata de personas conforme a los términos de la imputación fáctica, e incluso desde la prueba actuada en juicio, no existe otra opción sino la de confirmar el fallo absolutorio en resguardo del principio de legalidad y de presunción de inocencia que reviste toda persona.

Acción atípica y fallo absolutorio

III. DECISIÓN

Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia —fojas 422— del catorce de mayo del dos mil catorce, que absolvió a Elsa Cjuno Huillca de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito contra la libertad personal — trata de personas en agravio de Diana Rosmery Quispe Rodríguez; con demás que al respecto contiene y es materia del recurso; y los devolvieron—.

S.S.

VILLA STEIN /RODRIGUEZ TINEO /PARIONA PASTRANA /HINOSTROZA PARIACHI /NEYRA FLORES

II.
VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES

1.
RECURSO DE NULIDAD N.º 3166-2012-AYACUCHO
DEFINICIÓN DE VIOLENCIA Y AMENAZA GRAVE EN LOS DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL

Recurso de Nulidad	**N.º 3166-2012-Ayacucho**
Fecha	24.01.13
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponente	Jorge Salas Arenas
Tema	Definición de violencia y amenaza grave en los delitos de violación sexual
Jurisprudencia relevante	ff. jj. n.os 1.11, 1.12, 3.3 y 3.4
Concordancia	Código Penal: arts. 20.10, 170 y 173 Código de Procedimientos Penales: art. 280

SUMILLA:

La violencia (*vis absoluta*) [...] El empleo de violencia a que se refiere el artículo ciento setenta del Código Penal, ha de estar orientada a conseguir la ejecución de actos de contenido sexual y equivale a acometimiento o imposición material, el empleo de cualquier medio físico para doblegar la voluntad de la víctima y debe ser apreciada cuando sea idónea y adecuada para impedir a la víctima desenvolverse en su libre determinación, atendiendo a las circunstancias personales y tácticas concurrentes en el caso concreto. En general, la fuerza que se exige ha de ser eficaz y suficiente entidad objetiva, este dato debe matizarse en relación a las condiciones concretas de la víctima, por lo que la fuerza típica debe integrarse por la conjunción de los dos elementos objetivos y subjetivos, bastando la acreditación del doblegamiento de la víctima por la superior voluntad del actor. De esta forma, la violencia (vis absoluta) ejercida por el agente sobre la víctima debe ser física, efectiva y estar causalmente conectada con el ilícito actual sexual que pretende perpetrar. Debe tratarse del despliegue de una determinada dosis de violencia física susceptible de quebrantar los mecanismos de defensa de la víctima, de allanar los obstáculos para la realización de la conjunción carnal.

Debe tratarse de violencia física, continuada y suficiente, empleada sobre el sujeto pasivo y capaz de vencer la resistencia (seria, persistente, real, efectiva) de la víctima, de modo que se presente como la causa inmediata y directa del abuso con acceso carnal.

Amenaza Grave [...] Por grave amenaza entendemos la violencia moral seria, empleada por el sujeto activo, mediante el anuncio de un mal grave a intereses de la víctima o a intereses vinculados a ésta. La promesa de daño debe producir en el ánimo de la víctima un miedo que venza su resistencia, de causar un mal grave e inminente.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N.º 3166-2012
AYACUCHO

Lima, veinticuatro de enero del dos mil trece

Vistos; El recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica del encausado don Ezequiel Quispe Flores; emitiéndose la decisión bajo la ponencia del señor juez supremo Salas Arenas.

Primero: Decisión cuestionada

Lo es la sentencia de dos de agosto del dos mil doce —obrante en los folios trescientos setenta y seis a trescientos ochenta y ocho—, que condenó al recurrente como autor del delito contra la libertad sexual —violación sexual de menor de edad— en agravio de la menor de identidad reservada, imponiéndole cuatro años de pena privativa de libertad efectiva y fijó por concepto de reparación civil la suma de tres mil nuevos soles a favor de la agraviada.

Segundo: Factum

Según la acusación fiscal —obrante en los folios doscientos veintiocho—:

2.1. "El primero de mayo de dos mil nueve, siendo aproximadamente las nueve de la noche, la menor agraviada, salió de su domicilio ubicado en la comunidad de Ccarhuaschocce del Distrito de Acocro, hacia el campo a realizar sus necesidades fisiológicas a una distancia aproximada de veinte metros de su casa, circunstancias en que el procesado Ezequiel Quispe Flores, se le acerca y la lleva a su domicilio comprometiéndose que se casaría con ella y tras ingresarla a su cuarto le acostó en la cama procediendo a bajarle la falda y el pantalón para mantener relaciones sexuales" (sic).

2.2. "Los progenitores de la menor agraviada, enterados del lugar donde se encontraba; se acercaron al domicilio del procesado en horas de la noche del día siguiente acompañado del Teniente Gobernador, llegando a entrevistarse con la madre del denunciado y pasado una hora, la menor agraviada, el procesado, la madre y hermana de éste fueron a la casa de los padre de dicha menor, lugar donde el procesado pidió a la madre la mano de la menor agraviada en matrimonio, aceptando todos" (sic).

2.3. "La menor agraviada permaneció durante una semana en la vivienda del procesado llegando a mantener relaciones sexuales en cinco oportunidades, sin embargo, regresó al domicilio de sus padres, por ello la madre denunció los hechos ante el juez de paz de Acocro, ante quien llegaron a un acuerdo que el procesado

no cumplió; siendo que según el certificado médico legal de fecha dieciocho de junio del dos mil nueve, los peritos concluyen entre otros que la menor agraviada presenta desfloración antigua" (sic).

Tercero: Agravios

En la formulación —de los folios cuatrocientos doce a cuatrocientos veintiuno— se aduce que:

3.1. No se atendió la impugnación presentada por la defensa técnica, respecto al cuestionamiento del examen de la agraviada, esto es, por la presencia de su progenitora que influyó indirectamente en el vertimiento espontáneo y verosímil de los hechos, máxime si es marcado el propósito de perjudicarlo, por parte de la madre de la menor.

3.2. En la decisión cuestionada primaron connotaciones morales, sin constatarse una mínima evidencia de violencia, como medio comisivo del acceso carnal.

3.3. Los hechos y circunstancias acaecidas con posterioridad al hecho imputado, tales como, tratos económicos para salvaguardar el honor de la menor, compromisos matrimoniales de parte de los padres de ambos, convivencia consentida de las partes por parte de ambos padres y eventual incumplimiento de lo pactado ante la autoridad y el desenlace de la denuncia penal, no constituyen elementos tácticos del tipo penal de violación sexual; en consecuencia, no existen elementos de prueba suficiente, por lo que, debe aplicarse el principio de *indubio pro reo*.

CONSIDERANDO

Primero: Sustento normativo

1.1. El numeral cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política establece que las decisiones judiciales deben ser debidamente motivadas.

1.2. El artículo doscientos ochenta del Código de Procedimientos Penales, señala que en la sentencia debe evaluarse el conjunto probatorio.

1.3. El artículo doscientos ochenta y cuatro del citado Código, establece los presupuestos absolutorios.

1.4. El artículo catorce de la Ley Orgánica del Ministerio Público, establece que sobre el Ministerio Público recae la carga de la prueba.

1.5. El inciso tercero contenido en el primer párrafo del artículo ciento setenta y tres del Código Penal —modificado por la Ley 28704— que regula el delito de violación sexual de menor de edad cuando la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

1.6. El primer párrafo del artículo ciento setenta de la citada norma penal sustantiva, relativo al delito de violación sexual realizado con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal, o 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 la libertad no menor de seis ni mayor de ocho años.

1.7. El inciso diez del artículo veinte del Código Penal, referente a la causa eximente o atenuante de responsabilidad penal, señala "*el que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición*".

1.8. Sobre los efectos de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley, cabe mencionar que el artículo 204 de la Constitución establece que: "La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal Constitucional que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal".

Efectos de la declaración de inconstitucionalidad

1.9. Asimismo, el artículo ciento tres de la Constitución Política prevé que "*pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las lociones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga por otra ley, también queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.*"

Promulgación de leyes especiales

1.10. El Acuerdo Plenario número dos -dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del treinta de septiembre del dos mil cinco —referente a los requisitos de la sindicación de coacusado, testigo o agraviado—: "Tratándose de las declaraciones de un agraviado, aun cuando sea el único testigo de los hechos, al no regir el antiguo principio jurídico *testis unus testis nullus*, tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Las garantías de certeza serían las siguientes: **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. **Verosimilitud**, que no sólo incide en la coherencia y solidez de la propia

Requisitos para la sindicación de coautores, testigos y agraviados

declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria. **Persistencia en la incriminación**, con las matizaciones que se señalan en el literal "c" del párrafo anterior. 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".

1.11. El Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil ocho/ CJ-ciento dieciséis, con carácter vinculante, que en su parte pertinente (considerando número nueve, parte final) señala lo siguiente: "[...] en cuanto a la excepción de responsabilidad penal por consentimiento del titular del bien jurídico afectado, aplicable al delito de violación sexual a que se refiere el artículo ciento setenta y tres inciso tercero del Código Penal, debe ampliarse el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario número siete -dos mil siete / CJ-ciento dieciséis 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 [...]".

Violación sexual: excepción de responsabilidad penal por consentimiento del agraviado

1.12. El Acuerdo Plenario número uno-dos mil once/CJ-116, asunto: apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual —de seis de diciembre del dos mil once—, referente a la *relevancia de la resistencia de la víctima de agresión sexual*, señaló en el fundamento veintiuno que: "*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* sirte 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* [...]" y en cuanto a **declaración de la víctima**, es estableció: "*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,

Agresión sexual: irrelevancia de la resistencia de la víctima

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. Por otro lado, en reglas que se explican por sí solas, cuya legitimidad fluye de lo anteriormente expuesto, es del caso insistir en la aplicación de los literales a) al c) de la Regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional. Son las siguientes: **A.** El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre. **B.** El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre. **C.** El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual.

Agresión sexual; valoración de la declaración de la víctima

Límites para la valoración del "consentimiento" de la víctima

1.13. El Acuerdo Plenario número uno-dos mil doce/CJ-ciento dieciséis asunto: reconducción del delito de abuso sexual no consentido por adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años de edad, al artículo ciento setenta del Código Penal —veintiséis de marzo del dos mil doce—, en el fundamento jurídico número diecisiete se estableció que: "*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 que 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 Capítulo X (Proxenetismo) del Título IV (Delitos contra la libertad) del Libro Segundo (Parte Especial) del Código Penal, recuperan la coherencia que el legislador había distorsionado y los justiciables sometidos a los alcances de los artículos 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176 y 179-A CP, readquieren la vigencia plena del principio de igualdad ante la ley*".

Reconducción del delito de abuso sexual no consentido por adolescentes del art. 170 del Código Penal

1.14. En la sentencia del Tribunal Constitucional, de trece de octubre de dos mil ocho Exp. Número setecientos veintiocho-dos mil ocho-PHC/

TC-Lima, caso, Giuliana Flor de María Llamoja Hilares, se señaló que: El texto constitucional establece expresamente en su artículo segundo, inciso veinticuatro, literal e), que "*Toda persona es considerada inocente mientas no se haya declarado judicialmente su responsabilidad*". Este dispositivo constitucional supone, en primer lugar, que por el derecho a la presunción o estado de inocencia toda persona es considerada inocente antes y durante el proceso penal; es precisamente mediante la sentencia firme que se determinará si mantiene ese estado de inocencia o si, por el contrario, se le declara culpable; mientras ello no ocurra es inocente; y, **en segundo lugar, que el juez ordinario para dictar esa sentencia condenatoria debe alcanzar la certeza de culpabilidad del acusado, y esa certeza debe ser el resultado de la valoración razonable de los medios de prueba practicados en el proceso penal.** El principio *indubio pro reo,* por otro lado, significa que en caso de duda sobre la responsabilidad del procesado, debe estarse a lo que sea más favorable a éste (la absolución por contraposición a la condena). Si bien es cierto que el principio *indubio pro reo* no está expresamente reconocido en el texto de la Constitución, también lo es que su existencia se desprende tanto del derecho a la presunción de inocencia, que sí goza del reconocimiento constitucional, como de la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo uno de la Carta Fundamental). Ahora bien, cabe anotar que tanto la presunción de inocencia como el *indubio pro reo* inciden sobre la valoración probatoria del juez ordinario. En el primer caso, que es algo objetivo, supone que a falta de pruebas aquella no ha quedado desvirtuada, manteniéndose incólume, y en el segundo caso, que es algo subjetivo, supone que ha habido prueba, pero esta no ha sido suficiente para despejar la duda (la suficiencia no se refiere a la cantidad de pruebas incriminatorias, sino a la entidad y cualidad que deben reunir estas). La sentencia, en ambos casos, será absolutoria, bien por falta de pruebas (presunción de inocencia), bien porque la insuficiencia de las mismas —desde el punto de vista subjetivo del juez— genera duda de la culpabilidad del acusado *(indubio pro reo),* lo que da lugar a las llamadas sentencias absolutorias de primer y segundo grado, respectivamente".

Presunción de inocencia

Certeza de culpabilidad del acusado

1.15. En la sentencia del Tribunal Constitucional —recaída en el expediente N.º ocho - dos mil doce PI/TC —del doce de diciembre del dos mil doce— "Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1 de la Ley N.º 28704 que modifica el artículo 173, inciso 3 del Código Penal, sobre delito de violación sexual contra víctima entre 14 y 18 años de edad: en el fundamento jurídico número ciento quince se estableció lo siguiente: "De lo expuesto exige diferenciar dos tipos de efectos que origina la presente declaratoria de inconstitucionalidad

del artículo 173.3, inciso 3 del Código Penal, modificado por la ley 28704: el primero, respecto de aquellos casos penales en trámite o terminados en los que se acredite el consentimiento fehaciente y expreso, más no dudoso o presunto, de los menores de edad entre 14 años y menos de 18 años, que teniendo en cuenta los efectos retroactivos en materia penal favorable al reo, a partir de la presente declaratoria de inconstitucionalidad, no resultaran sancionados penalmente; y el segundo, sobre aquellos casos penales en trámite o terminados en los que no se acredite dicho consentimiento, sino por el contrario, se evidencie que ha existido violencia, agresión o abuso sexual, o grave amenaza, contra dichos menores, o casos en los que no se hubiera podido apreciar si existió o no el aludido consentimiento, que teniendo en cuenta la especial protección del interés superior del niño y del adolescente aplicable a los procesos que examinan la afectación de sus derechos, a partir de la referida declaratoria de inconstitucionalidad, dependiendo de los hechos concretos, podrán ser susceptibles de "sustitución de pena", "adecuación del tipo penal" o ser procesado nuevamente conforme al artículo 170 del Código Penal u otro tipo penal que resultara pertinente".

Efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad

Tercero: Del aspecto dogmático

3.1. La carga de la prueba es un deber peculiar y exclusivo de cada una de las partes, que indica que se ha de probar y suministrar la prueba de un hecho, vale decir que la prueba de un hecho es un asunto de la parte que lo afirma. Es necesario percatarse a quien le corresponde la prueba de la acusación y a quién la prueba de la defensa. En la forma acusatoria del proceso, la carga de la acusación le corresponde al acusador y la carga de la defensa al acusado.

Carga de la prueba

3.2. El Órgano Jurisdiccional debe ser imparcial, siendo que la misma esencia de la jurisdicción supone que el titular de la potestad jurisdiccional no puede ser, al mismo tiempo, parte en el conflicto que se somete a su decisión. En toda actuación del derecho por la jurisdicción han de existir dos partes enfrentadas entre sí, que acuden a un tercero imparcial que es titular de las potestades, es decir, el juez o magistrado.

Imparcialidad del órgano jurisdiccional

3.3. La violencia *(vis absoluta)*

El empleo de violencia a que se refiere el artículo ciento setenta del Código Penal, ha de estar orientada a conseguir la ejecución de actos de contenido sexual y equivale a acometimiento o imposición material, el empleo de cualquier medio físico para doblegar la voluntad de la víctima y debe ser apreciada cuando sea idónea y adecuada para impedir

Concepto de violencia

a la víctima desenvolverse en su libre determinación, atendiendo a las circunstancias personales y tácticas concurrentes en el caso concreto. En general, la fuerza que se exige ha de ser eficaz y suficiente entidad objetiva, este dato debe matizarse en relación a las condiciones concretas de la víctima, por lo que la fuerza típica debe integrarse por la conjunción de los dos elementos objetivos y subjetivos, bastando la acreditación del doblegamiento de la víctima por la superior voluntad del actor. De esta forma, la violencia (*vis absoluta*) ejercida por el agente sobre la víctima debe ser física, efectiva y estar causalmente conectada con el ilícito actual sexual que pretende perpetrar. Debe tratarse del despliegue de una determinada dosis de violencia física susceptible de quebrantar los mecanismos de defensa de la víctima, de allanar los obstáculos para la realización de la conjunción carnal.

Violencia "suficiente"

Violencia: características

Debe tratarse de violencia física, continuada y suficiente, empleada sobre el sujeto pasivo y capaz de vencer la resistencia (seria, persistente, real, efectiva) de la víctima, de modo que se presente como la causa inmediata y directa del abuso con acceso carnal.

3.4. Amenaza Grave

Grave amenaza

Por grave amenaza entendemos la violencia moral seria, empleada por el sujeto activo, mediante el anuncio de un mal grave a intereses de la víctima o a intereses vinculados a ésta. La promesa de daño debe producir en el ánimo de la víctima un miedo que venza su resistencia, de causar un mal grave e inminente. La intimidación, como medio comisivo alternativo, ha sido definida por la jurisprudencia española como constreñimiento psicológico, amenaza de palabra u obra de causar un daño injusto que infunda miedo en el sujeto pasivo. Habrá de tener la entidad suficiente como para merecer su asimilación a la violencia. Seriedad, verosimilitud, inmediatez y gravedad se configuran como requisitos que ha de reunir la causa, que genere dicha intimidación.

Intimidación

Cuarto: Del delito materia de acusación fiscal

Previsto en el inciso tercero del primer párrafo del artículo 173 del Código Penal, modificado por la ley veintiocho mil setecientos cuatro.

Quinto: De la inconstitucionalidad del artículo 173.3 del Código Penal —modificado por la ley 28704—

Que conforme a la reciente sentencia del Tribunal Constitucional citada —recaída en la sentencia N.º 0008-2012-PI/TC, de 12 de diciembre del 2012— se establecieron dos .clases de efectos que origina la presente declaratoria de inconstitucionalidad, en dos supuestos:

5.1. El primero, respecto de aquellos casos penales en trámite o terminados en los que se acredite el consentimiento fehaciente y expreso, más no dudoso o presunto, de los menores de edad entre catorce años y menos de dieciocho años, que teniendo en cuenta los efectos retroactivos en materia penal favorable al reo, a partir de la presente declaratoria de inconstitucionalidad, no resultaran sancionados penalmente.

5.2. El segundo, sobre aquellos casos penales en trámite o terminados en los que no se acredite dicho consentimiento, sino por el contrario, se evidencie que ha existido violencia, agresión o abuso sexual, o grave amenaza, contra dichos menores, o casos en los que no se hubiera podido apreciar si existió o no el aludido consentimiento, dependiendo de los hechos concretos, podrán ser susceptibles de "sustitución de pena", "adecuación del tipo penal" o ser procesado nuevamente conforme al artículo 170 del Código Penal u otro tipo penal que resultara pertinente.

5.3. Es de resaltar que aunque no lo menciona, la sentencia del Tribunal Constitucional acoge la doctrina jurisprudencial que se deriva de los Acuerdos Plenarios número cuatro - dos mil ocho/ CJ - ciento dieciséis, número uno-dos mil once/ CJ-ciento dieciséis y número uno-dos mil doce/CJ-ciento dieciséis.

Sexto: Análisis del caso

6.1. Del fallo arribado por el tribunal sentenciador

6.1.1. La Sala sentenciadora consideró que el delito materia de juzgamiento se encuentra acreditada: "*con el certificado médico, donde la menor agraviada, presenta desfloración antigua, por haberse practicado el reconocimiento médico con fecha dieciocho de junio del año dos mil nueve, cuando los hechos ocurrieron el primero de mayo del mismo años, es decir, después de más de un mes de ocurrido los hechos en juzgamiento. De otro lado, obra en autos el protocolo de pericia psicológica que concluye que la menor agraviada presenta trastorno de las emociones situacional y reacción ansiosa asociado a estresor de tipo sexual, recomendando recibir orientación psicológica para brindar el adecuado soporte familiar, y que requiere de apoyo psicológico, instrumental debidamente ratificada*" (sic) —Conforme se aprecia del duodécimo considerando de la sentencia recurrida—.

6.1.2. *"Del análisis de toda las pruebas actuadas a nivel policial, judicial y durante el juicio oral y precisadas en los fundamentos precedentes, el Tribunal de fallo, arriba a la convicción de que el acusado Ezequiel Quispe Flores,* mantuvo relaciones sexuales utilizando la violencia con la menor agraviada *de las iniciales E.G.T. de catorce años de edad, según consta de su partida de nacimiento,* utilizando para ello la violencia,

y sin el consentimiento de la menor agraviada [...]". En el presente caso el medio para la perpetración del delito es la violencia entendida como "*la violencia física que se ejerce sobre la víctima a fin de doblegar su voluntad, medio que acontece en el presente caso que* nos *convoca y que el acusado consumó el ilícito penal sexual instruido con violencia; además de ello, el acusado ultrajó sexualmente a la menor agraviada con dolo, conocimiento y voluntad de hacerle sufrir el acto sexual con la finalidad de: satisfacer sus deseos sexuales*" (sic) —Conforme se aprecia del décimo tercer considerando de la sentencia recurrida—.

6.2. Análisis Probatorio

6.2.1. La menor tenía algo más de catorce años de edad al tiempo de los hechos —conforme es de verse en la partida de nacimiento obrante en el folio cuarenta y uno—.

6.2.2. La indemnidad o intangibilidad sexual, se refiere específicamente a la preservación de la sexualidad de una persona cuando no está en condiciones de decidir sobre su libertad en tal ámbito, considerando en tal condición el ordenamiento jurídico —bajo el criterio de interpretación sistemático— a las personas menores de catorce años. En ese caso el ejercicio de la sexualidad con dichas personas se prohíbe en la medida en que pueda afectar al desarrollo de su personalidad y producir alteraciones importantes que incidan en su vida o equilibrio psíquico de cara al futuro, por lo tanto, cualquier consentimiento del incapaz carece de validez, configurándose una presunción iuris et de iure de la ausencia de avenimiento valido; mientras que, cuando la edad supera los catorce años, el asunto se concreta a la protección de la libertad sexual, esto es, la capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para auto determinar lo que estime en tal ámbito, toda vez que, es la expresión cardinal de libertad personal vinculada de manera directa con el principio ético y jurídico del respeto de la dignidad de la persona humana; todo ello conforme se explicó y desarrolló en el Acuerdo Plenario número cero cuatro guión dos mil ocho oblicua CJ guión ciento dieciséis.

Indemnidad y libertad sexual

6.2.3. En la sentencia objetada se fundamenta la convicción sobre la autoría del procesado, en la declaración de la víctima, empero no se cumplió con valorarla de acuerdo con las pautas orientativas acuñadas por este Supremo Tribunal en el citado Acuerdo Plenario número dos-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis —referente a los requisitos de la sindicación de coacusado, testigo o agraviado— para ponderar con mayor rigor los relatos inculpatorios de quien es considerado sujeto pasivo del ilícito penal.

6.2.4. Al respecto, es de recordar la reiterada doctrina emitida por esta Suprema Sala Penal que, como se acaba de citar, viene admitiendo como prueba válida las manifestaciones del testigo —víctima de agresiones sexuales y la posibilidad de que sea el testigo único de los hechos porque, generalmente, son actos que se realizan fuera de la vista de otras personas que puedan dar noticia luego de líos, quedando como sólo testigo excepcional la persona que los sufre y es víctima. Ha recogido la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo la necesidad de que ese testimonio único sea, rodeado de ciertas cautelas aseguradoras de la validez de lo que la víctima afirme, estas son: **a)** Ausencia de incredibilidad subjetiva que derivara de las previas relaciones entre acusado y víctima y que pudieran hacer comprender que la segunda obrara por móviles de resentimiento o enemistad determinando incertidumbre al juzgador para alcanzar la convicción precisa para juzgar, **b)** corroboración del testimonio de la víctima por datos objetivos concomitantes y claramente relacionados que contribuyan a la verosimilitud de ese testimonio y **c)** solidez de las manifestaciones incriminantes que han de ser persistentes, plurales, sin cambios sustanciales de unas a otras, y sin ambigüedades ni contradicciones.

Requisitos para la valoración del testimonio único

6.2.5. Tales elementos no fueron valorados ni ponderados razonadamente por el Tribunal sentenciador para concluir que el hecho y la autoría del acusado se encuentra acreditada.

6.3. De la configuración de la incredibilidad subjetiva

6.3.1 Bajo dichos. cánones y exigencias probatorias en materia de delitos sexuales, se advierte la configuración de la incredibilidad subjetiva en el relato histórico de la agraviada, consistente en la no concreción de la promesa de matrimonio por parte del procesado, que impulsó a la presunta perjudicada a acusar mendazmente al procesado con quien luego de la comisión de los hechos mantuvo una "relación de convivencia" con el encausado por aproximadamente una semana, conforme así lo manifestó la aludida agraviada al señalar a escala preliminar que: "*permanecí en su casa por espacio de una semana, mis padres con el teniente gobernador vinieron a esa casa esa noche pero como teníamos dos cuartos Ezequiel se encerró conmigo en un cuarto y me repetía cada rato que no dijera nada porque esa noche nos iríamos a mi casa a pedir la mano para casarnos* [...] *a la hora fuimos a mi casa con la madre de Ezequiel y su hermana al llegar el pidió mi mano en casamiento* [...] *no es justo que después que me violó ahora me vote como si fuera cualquier cosa*"—ver respuestas de las preguntas ocho, nueve y quince de la declaración obrante en el folio treinta y ocho, realizada en presencia del representante del Ministerio Público— versiones que guardan relación con lo vertido por su progenitora quien en los debates orales declaró: "*el acusado con su familia vinieron a pedir la mano de su hija trayendo una caja de gaseosa*" —ver acta de sesión de audiencia de veinticinco de mayo de dos mil

doce, obrante en el folio trescientos treinta y ocho—; en efecto, resulta ilustrativo al respecto el *factum* de la imputación postulado por el ente persecutor al señalar que: "*Ezequiel Quispe Flores, se le acerca y la lleva a su domicilio comprometiéndose que se casaría con ella* [...] *los progenitores de la menor agraviada, enterados del lugar donde se encontraba; se acercaron al domicilio del procesado en horas de la noche, del día siguiente acompañado del teniente gobernador, llegando a entrevistarse con la madre del denunciado y pasado una hora, la menor agraviada, el procesado, la madre y hermana de éste fueron a la casa de los padre de dicha menor, lugar donde el procesado pidió a la madre la mano de la menor agraviada en matrimonio, aceptando todos. La menor agraviada permaneció durante una semana en la vivienda del procesado llegando a mantener relaciones sexuales en cinco oportunidades, sin embargo, regresó al domicilio de sus padres, por ello la madre denunció los hechos ante el juez de paz de Acocro, ante quien llegaron a un acuerdo que el procesado no cumplió* [...]".

6.3.2 Desde dicha perspectiva, se constata datos que explican la denuncia formulada por motivos de rencor, resentimiento y venganza; quedando así, configurada la incredibilidad subjetiva en la testigo víctima de cargo, cuyo testimonio, erróneamente fue considerado verosímil por la Sala de Fallo.

6.4. De la inexistencia de violen**cia, agresión o abuso sexual, o grave amenaza, contra la agraviada**

6.4.1. Desde la perspectiva de la prueba periférica, no se advierte que el relato histórico de cargo, se encuentre corroborado por plurales elementos periféricos que avalen la verosimilitud de las declaraciones de la víctima; acorde con ello, la Sala de Fallo no observó el proceso de fijación del presupuesto probatorio o acreditativo, a partir del cual se solventa la configuración del medio comisivo violencia o amenaza, desarrollados líneas arriba. Contrario a ello, emerge y cobra verosimilitud la tesis de la presencia de consentimiento en las relaciones sexuales sostenidas entre el procesado y agraviada; ello con los comportamiento *ex post* la comisión del hecho imputado, esto es, los referidos sujetos procesales, estuvieron relaciones sexuales en cinco ocasiones, en el lapso de una semana —conforme lo señaló la agraviada en el decurso del proceso—, actos que contaron, además del consentimiento mutuo, con la aprobación de parte de los progenitores de la agraviada —como lo recalcó el titular de la acción penal al describir los hechos materia de acusación—; pues conforme lo manifestó la propia agraviada no fue amenazada por el encausado (ver declaración brindada en presencia del Ministerio Público, obrante en el folio treinta y seis); no obstante que en el contradictorio varió su versión señalando el procesado la llevó a la fuerza tomándola de la mano para conducirla a su casa; sin embargo en los debates orales cuando se le preguntó el motivo por el cual varió su primigenia versión; no brindó una respuesta coherente; máxime si en el plenario, se precisó que dicha menor pudo huir de la casa del procesado cuando salía a realizar sus necesidades fisiológicas —ver acta de

sesión de audiencia de veinticinco de mayo de dos mil doce, obrante en el folio trescientos treinta y cuatro—

6.4.2. En consecuencia al haber mediado consentimiento en la realización del evento, deviene en irrelevante penalmente la conducta del acusado, debido a la aplicación del inciso décimo del artículo veinte del Código Penal (eximente de responsabilidad) y conforme a lo expuesto en la sentencia del Tribunal Constitucional referente a la inconstitucionalidad del inciso tres del artículo ciento setenta y tres del Código Penal.

6.4.3. Se torna en innecesario analizar los fundamentos expuestos en el recurso de nulidad, referidos fundamentalmente a consideraciones de irresponsabilidad penal, debido al sentido y contenido de ésta decisión.

7. De la inconcurrencia de los elementos configurativos del tipo penal previsto en artículo ciento setenta del código penal

Finalmente, conforme a los lineamientos esbozados en la reciente sentencia del Tribunal Constitucional, al haberse descartado el uso de los medios comisivos, violencia o amenaza, no resulta jurídicamente aplicable la regulación del artículo ciento setenta del Código Penal, dado que su esencia radica en el empleo de violencia absoluta o compulsiva para la perpetración del abuso sexual, y ello no se ha probado.

DECISIÓN

Por ello, administrando justicia a nombre del pueblo, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República acordaron:

I. DECLARAR HABER NULIDAD en la sentencia de dos de agosto de dos mil doce —obrante en los folios trescientos setenta y seis a trescientos ochenta y ocho—, que condenó a don Ezequiel Quispe Flores como autor del delito contra la libertad sexual —violación sexual de menor de edad— en agravio de la menor de identidad reservada, imponiéndole cuatro años de pena privativa de libertad efectiva y fijó por concepto de reparación civil la suma de tres mil soles a favor de la agraviada.

II. REFORMÁNDOLA: ABSOLVER al citado encausado de la acusación fiscal por el indicado delito y agraviada.

III. DISPONER la anulación de los antecedentes policiales y judiciales generados en su contra como consecuencia del presente proceso, y el archivo definitivo de la causa respecto al citado encausado; y encontrándose sufriendo carcelería.

IV. ORDENAR su inmediata libertad, que se ejecutará siempre y cuando no exista en su contra otra orden o mandato de detención emanado de autoridad competente; comunicando para tal efecto vía fax a la Primera Sala Penal de Ayacucho; y los devolvieron.

S.S. VILLA STEIN /PARIONA PASTRANA /SALAS ARENAS /BARRIOS ALVARADO /TELLO GILARDI

2.
CASACIÓN N.º 41-2012-MOQUEGUA
EL BIEN JURÍDICO EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES

Casación	**N.º 41-2012-Moquegua**
Fecha	06.06.2013
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponente	Javier Villa Stein
Tema	Violación sexual: bien jurídico protegido y reconducción del tipo penal
Doctrina jurisprudencial vinculante	ff. jj. n.os 4.14 y 4.18
Concordancia	Código Penal: arts. 170.2 y 173.3 (derogado)

SUMILLA:

4.17. En los delitos de agresión sexual, el bien jurídico tutelado es la indemnidad o intangibilidad sexual, cuando el sujeto pasivo carece de las condiciones para decidir sobre su libertad en tal ámbito, siendo así nuestro ordenamiento jurídico —bajo el criterio de interpretación sistemático— protege a las personas menores de catorce años. En ese caso el ejercicio de la sexualidad con dichas personas se prohíbe en la medida en que pueda afectar el desarrollo que su responsabilidad y producir alteraciones importantes que indican en su vida o equilibrio psíquico de cara al futuro, por lo tanto, cualquier consentimiento del incapaz carece de validez, [...] mientras que, cuando la edad supera los catorce años, el asunto se concreta a la protección de la libertad sexual, esto es la capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para autodeterminarse.

4.18. En tal sentido, resulta necesario reconducir la tipificación de la conducta imputada al encausado —que no afecto la indemnidad sexual sino la libertad sexual de una adolecente—, [...] lo cual no afecta el derecho de defensa del encausado ni sus derechos fundamentales, puesto que se mantiene la homogeneidad del bien jurídico protegido, la inmutabilidad de los hechos y las pruebas, coherencia entre los elementos fáticos y normativos para realizar la correcta adecuación del tipo y esencialmente no se produce agravio al encausado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 41-2012
MOQUEGUA

Lima, seis de junio del dos mil trece

VISTOS; En audiencia privada; el recurso de casación por las causales de inobservancia de la garantía constitucional de carácter material, concretamente

la afectación de las garantías de presunción de inocencia y debido proceso, así como por la causal de falta de logicidad en la motivación y por apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema, interpuesto por el acusado Rodolfo Rafael Tirado Rivera, contra la sentencia de vista de fojas trescientos setenta, del dos de diciembre del dos mil once, que confirmó la sentencia de primera instancia de fojas trescientos uno, del uno de septiembre del dos mil once, que lo condenó por el delito contra la libertad sexual—violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales M.A.M.T. y revoco en el extremo de la pena impuesta.

Interviene como ponente el señor juez supremo Javier Villa Stein.

PRIMERO: FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Itinerario del proceso en primera instancia

I.1. El encausado Rodolfo Rafael Tirado Rivera fue investigado y procesado penalmente, con arreglo al nuevo Código Procesal Penal, emitiendo el Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, la sentencia de fecha uno de septiembre del dos mil once, obrante de fojas trescientos uno, que condenó al procesado Rodolfo Rafael Tirado Rivera, como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, conducta prevista y penada en el artículo ciento setenta y tres, numeral tres, del Código Penal, concordando con el último párrafo del artículo ciento setenta y tres del mismo cuerpo legal, en agravio de la entonces menor de iniciales M.A.M.T., a veinte años de pena privativa de libertad con el carácter de efectiva, al sostener que:

A) Se encuentra acreditado que el procesado tiene un vínculo de parentesco por afinidad, lo que daba al acusado particular autoridad sobre la agraviada, configurándose la agravante.

B) Asimismo, precisa que no se ha acreditado en el encausado haya ultrajado a la agraviada, cuando tenía ocho años, ya que el testigo Monroy Yari, médico de la posta de San Francisco, que la examino cuando tenía nueve años de edad, refirió que no presentaba signos de desgarro himeneal.

C) Respecto al hecho imputado el veintiuno de diciembre del dos mil nueve, se encuentra acreditado con la declaración de la agraviada, la misma que cumple con las garantías de certeza, señaladas en el Acuerdo Plenario número dos guion dos mil cinco oblicua CJ guion ciento dieciséis, evidenciándose ausencia de incredibilidad subjetiva, pues si bien la agraviada ha sostenido que sentía pena, tristeza, impotencia, rabia o cólera, por las agresiones que el acusado hacia a

su hermano o por los insultos proferidos a su madre, dichos estados emocionales están asociados a conductas materia de juzgamiento, exigiendo la agraviada únicamente justicia; asimismo, el relato de la agraviada es persistente en la incriminación y es verosímil, pues se encuentra corroborado con otros elementos de pruebas periféricos, tales como el certificado médico legal y las declaraciones de los peritos y testigos.

I.2. Estando a ellos, el abogado defensor del procesado Rodolfo Rafael Tirado Rivera y el representante del Ministerio Publico, interpusieron recurso de apelación contra la sentencia antes mencionada, habiéndoseles concedido el mismo mediante resoluciones de fecha veinte y veintiuno de septiembre del dos mil once, tal como se aprecia a fojas trescientos veinticuatro y trescientos treinta y dos, respectivamente.

II. Del trámite en segunda instancia

2.1. El Superior Tribunal, culminada la fase de traslado de la impugnación, y realizada la audiencia de apelación, conforme aparece del acta de fojas trescientos sesenta y cinco, del veintitrés de noviembre del dos mil once, cumplió con emitir y leer en audiencia privada la sentencia de apelación de fojas trescientos setenta, del dos de diciembre del dos mil once.

2.2. La Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, mediante sentencia de vista del dos de diciembre del dos mil once, de fojas trescientos setenta, confirmo la sentencia apelada, por la cual se condena a Rodolfo Rafael Tirado Rivera, como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor agravado, en perjuicio de M.A.M.T., previsto en el artículo ciento setenta y tres, numeral tres del Código Penal, en concordancia con la agravante prevista en el último párrafo de dicha norma, argumentando que:

A) No se evidencia la vulneración al debido proceso, toda vez que los magistrados utilizaron un tiempo prudencial, para deliberar la causa, y no treinta y siete segundos como señala la defensa del procesado.

B) Asimismo, se evidencia que la declaración de la agraviada, cumple con la garantía de certeza "ausencia de credibilidad subjetiva", por cuanto el *ad quo* ha delimitado en forma clara y precisa, que si bien la agraviada se vio afectada por amargas experiencias que tuvo que soportar con el procesado, ellas solo generaron estados emocionales transitorios, en relación a especificas conductas, no en relación a la existencia misma de su padrastro.

C) Sobre la actuación de la prueba de oficio, esta tiene relación directa con el esclarecimiento de la verdad, no habiéndose afectado su derecho de defensa, por cuanto el imputado tuvo la posibilidad de examinar y contrainterrogar a la víctima, su actuación no fue sorpresiva.

D) Además, considera que procede un incremento de la pena impuesta, pero más no así la solicitada por el representante del Ministerio Público.

E) Finalmente, señala que no ha sido objeto de recurso los hechos ilícitos que se habrían producido desde que la agraviada tenía ocho años de edad, siendo el único hecho que es materia de controversia, ocurrido el veintiuno de diciembre del dos mil nueve.

2.3. Estando a ello, la defensa técnica del encausado Tirado Rivera, interpuso recurso de casación, mediante escrito de fojas cuatrocientos cuatro, contra la resolución antes aludida, invocando como causales la inobservancia de las garantías constitucionales de carácter material, concretamente la afectación de las garantías de presunción de inocencia y debido proceso, así como por la causal de falta de logicidad en la motivación y por apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema, contenidas en el artículo cuatrocientos veintinueve incisos uno, cuatro y cinco del Código Procesal Penal.

III. Del trámite de recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público

3.1. El Tribunal Superior por resolución de fecha veintidós de diciembre del dos mil once, de fojas cuatrocientos veintitrés, concedió el recurso de casación extraordinario, y dispuso elevar los autos al Tribunal Supremo, elevándose la causa con fecha veinticuatro de enero del dos mil doce.

3.2. Cumplido el trámite de traslado a las partes procesales, este Tribunal Supremo mediante ejecutoria de fecha cuatro de mayo del dos mil doce, de fojas veintiuno —del cuadernillo de casación—, en uso de sus facultades, declaro bien concedido el recurso de casación por las causales contenidas en el artículo cuatrocientos veintinueve, incisos uno, cuatro y cinco del Código Procesal Penal.

3.3. Deliberada la causa en secreto y votada el día seis de junio del dos mil trece, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia privada —con las partes que asisten— se realizará por la Secretaría de Sala el día diecinueve de junio del dos mil trece.

IV. Fundamentos de derecho

4.1. Del ámbito de casación: Conforme se ha señalado líneas arriba, mediante Ejecutoria suprema del cuatro de mayo del dos mil doce —véase fojas veintiuno del cuadernillo de casación—, admitió a trámite el recurso de casación las causales de inobservancia de las garantías constitucional de carácter material, concretamente la afectación de las garantías de presunción de inocencia y debido proceso, así como por la causal de falta de logicidad en la motivación y por apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema, contenidas en el artículo cuatrocientos veintinueve, incisos uno, cuatro y cinco del Código Procesal Penal.

4.2. Los agravios que invocan son: Que, el procesado Tirado Rivera, a fojas cuatrocientos cuatro, fundamento su recurso de casación, amparándose en las causales establecidas en los incisos uno, cuatro y cinco del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal penal, sosteniendo que: **i)** El Tribunal Juzgador inobservó la garantía constitucional al debido proceso, contemplado en el inciso tercero, del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, específicamente el derecho al juzgamiento imparcial y justo, por la actuación de una prueba de oficio, esta es la declaración de la víctima, ordenada después de que culmino la etapa de admisión y actuación; también se ha vulnerado su derecho a la presunción de inocencia, pues la sentencia condenatoria se ha basado únicamente en la declaración de la agraviada; de igual modo, sostiene que se inobservó su derecho de defensa, pues se le recorto el tiempo para formular los alegatos de cierre y el Colegiado delibero en pocos segundos la presente causa; **ii)** asimismo, sostiene que la sentencia de vista incurre en ilogicidad en su motivación, por cuanto se aprecia un error en la apreciación de la prueba; y, **iii)** además, se aprecia un apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema de Justicia, puesto que ha implicado el Acuerdo Plenario número dos guion dos mil cinco oblicua CJ guion ciento dieciséis, al haber inobservado que las relaciones entre la agraviada y el procesado no deben estar basados en el odio, resentimiento, enemistad y u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición; además. La declaración de la menor agraviada es incoherente y no se encuentra corroborada con pruebas periféricas de carácter objetivo y doten de actitud probatoria a la deposición.

Del primer motivo casacional: Inobservancia de la garantía constitucional del debido proceso y presunción de inocencia

4.3. El recurrente denuncia que la sentencia condenatoria vulneró la regla de suficiencia probatoria, al estar basada solo en la declaración de la agraviada, única prueba actuada de oficio, vulnerándose así su derecho a un tribunal imparcial, asimismo, sostiene que se vulnero su derecho de defensa, al limitársele el tiempo para formular los alegatos de cierre y además, la Sala delibero la causa en pocos segundos.

4.4. Que, uno de los elementos que integra el contenido esencial de la presunción de inocencia como regla de prueba es que la actividad probatoria realizada en el proceso sea suficiente —primer párrafo del artículo dos del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal—. Ello quiere decir, primero, que las prueba —así consideradas por la ley y actuadas conforme a sus disposiciones— estén referidas a los hechos objeto de imputación —al respecto objetivo de los hechos— y a la vinculación del imputado con los mismo; segundo, que las pruebas valoradas tengan un carácter incriminatorio, por ende, que puedan sostener un fallo condenatorio; correspondiéndole a los tribunales de mérito —de primera instancia y de apelación— la valoración de la prueba, de suerte que únicamente está reservado a este Tribunal de casación apreciar si de lo actuado en primera y segunda instancia de un autentico vacío probatorio; por tanto, si existen pruebas directas o indicarías, la alegación centrada en ese motivo decae o se quiebra.

Contenido esencial de la presunción de inocencia

4.5. De la atenta lectura de las sentencias de primera y segunda instancia se advierte que la condena se sustentó en el mérito al certificado médico legal, el mismo que fue ratificado por el perito y la sindicación efectuada por la agraviada, así como con otros elementos de prueba periféricos, tales como las declaraciones de los testigos, parientes de la menor agraviada; cumpliendo así con el requisito de suficiencia probatoria, no comprobándose algún vacío probatorio.

4.6. Asimismo, cabe precisar que la Sala se encuentra facultada para que en forma excepcional disponga de oficio la actuación de nuevos medios de prueba, si resultan indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad, tal como lo dispone el artículo trescientos ochenta y cinco, numeral dos del Código Procesal Penal; lo cual ha sido indicado por la Sala Superior; por lo tanto, no se evidencia una vulneración a su derecho a un juez imparcial.

4.7. De otro lado, respecto al tiempo utilizado en el acto de deliberación, este cuestionamiento fue absuelto en la resolución de apelación, en la que precisan que conforme al informe del especialista legal, el acto de

deliberación en cuestión en realidad duro aproximadamente veinte minutos y no unos segundos como alega la defensa del procesado, además que el artículo trescientos noventa y dos, inciso dos del Código Procesal Penal si bien precisa un tiempo máximo para la deliberación, mas no así, estipula un tiempo mínimo, no evidenciándose ninguna irregularidad en dicho extremo.

4.8. En relación al tiempo limitado para ejercer sus alegatos de cierre, cabe precisar que el derecho de defensa se encuentra consagrado en el artículo ciento treinta y nueve de defensa se encuentra consagrado en el artículo ciento treinta y nueve, inciso catorce de la Constitución Política del Estado, el cual constituye un derecho fundamental e imprescindible de un debido proceso. Derecho constitucional que posibilita a las partes argumentar sus pretensiones y rebatir los fundamentos que la parte contraria formula en apoyo de las suyas; se aprecia del desarrollo del proceso, que el encausado tuvo oportunidad de defenderse, contando en todo momento con un abogado defensor, pudiendo el inculpado contradecir las pruebas y ejercer el control de las mismas, e intervino con pleno conocimiento en todas las etapas del proceso, razón por la cual no se evidencia una afectación de la garantía constitucional del derecho de defensa como sostiene.

Derecho de defensa: contenido

Del segundo motivo casacional: Manifiesta ilogicidad en la motivación

4.9. Alega el recurrente que se ha incurrido en una manifiesta ilogicidad en la motivación; toda vez que, se aprecia un error en la apreciación de la prueba, pues afirma que la sentencia se sustentó en la declaración del perito Dante Cahuana Calvo; el cual no concurrió al juicio oral, cuestionada también la validez de la declaración testimonial brindada por el tío materno de la menor agraviada, por cuanto este habría ultrajado a la víctima cuando tenía nueve años de edad, así como las declaraciones brindadas por los peritos, con la que se pretende acreditar la persistencia en la incriminación.

4.10. Uno de los contenidos del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. Debiendo precisar, que el contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por si misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa. No requiriendo que, de manera pormenorizada, el tribunal o juzgador se pronuncie en forma expresa y detallada sobre

Derecho a la logicidad de la motivación

las alegaciones que las partes puedan formular dentro del proceso. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea proporcionado y congruente con el problema que al juez penal corresponde resolver —véase sentencia del Tribunal Constitucional número mil doscientos treinta guion dos mil dos guion HC oblicua TC, fundamento jurídico diez al quince—.

4.11. En el caso en concreto, se evidencia que la sentencia de vista ha respetado el principio a la motivación de resoluciones judiciales; toda vez que, existe suficiente justificación de la decisión adoptada, evidenciándose congruencia entre lo pedido y lo resuelto, advirtiéndose que en puridad, lo que el recurrente pretende es que se efectúe una nueva reevaluación de las pruebas actuadas —que no es posible hacer en virtud a los principios procedimentales de oralidad e inmediación que rige la actividad probatoria—; pues en rigor, cuestiona la validez de los medios probatorios actuados en el proceso, sobre los cuales determinaron su responsabilidad penal, la cual no cabe realizar, por su cognición limitada, al órgano de casación; en consecuencia, no es amparable los motivos de sus recurso en este extremo.

Del tercer motivo casacional: Apartamiento de la doctrina jurisprudencial

4.12. También el recurrente invocó como causal el apartamiento de la doctrina jurisprudencial, al otorgarle valor probatorio a lo declarado por la menor agraviada, apartándose de la jurisprudencia establecida en el acuerdo plenario número dos guion dos mil cinco oblicua CJ guion ciento dieciséis, pues en su opinión dicha incriminación no reúne los requisitos formales establecidos en el mismo para ser considerado prueba de cargo.

4.13. Al respecto, cabe acotar que dicho cuestionamiento no tiene asidero legal, toda vez que la sentencia de primera instancia y la vista han fundamentado los motivos por los cuales consideran que la declaración de la víctima reúne los requisitos previstos en el Acuerdo Plenario antes mencionado, advirtiéndose conforme se ha señalado líneas arriba, que realmente lo que pretende el recurrente, es que se efectúe una nueva reevaluación de las pruebas actuadas, lo cual no es posible hacer en virtud a los principios procedimentales de oralidad e inmediación que rigen la actividad probatoria; ya que ello no cabe realizar por el órgano de casación, por su cognición limitada; no existiendo apartamiento alguno del instrumento jurídico antes mencionando; por lo tanto, tampoco es amparable los motivos de su recurso en este extremo.

Del cuarto motivo casacional: Causal declarada de oficio para desarrollo de doctrina jurisprudencial

4.14. Que, si bien en el recurso de casación interpuesto por el recurrente, solo ha extendido el ámbito causal de su medio impugnatorio a los supuestos precedentes señalados; sin embargo, debe indicarse en este Supremo Tribunal se encuentra facultado para que de oficio se pronuncie sobre una causal no invocada por el recurrente, cuando tenga por finalidad salvaguardar el principio de legalidad, o corregir una errónea interpretación o una falta de aplicación de ley penal, de conformidad con lo estipulado en el inciso primero del artículo cuatrocientos treinta y dos del Código Procesal Penal, que a la letra dice: "*El recurso atribuye a la Sala Penal de la Corte Suprema el conocimiento del proceso solo en cuanto a las causales de casación expresamente invocadas por el recurrente, sin perjuicio de las cuestiones que sean declarables de oficio en cualquier estado de grado del proceso*".

Recurso de casación: Pronunciamiento de oficio

4.15. Siendo así, y estando fuera de discusión la culpabilidad y responsabilidad penal del encausado en el hecho punible que es materia de pronunciamiento, ocurrido el veintiuno de diciembre del dos mil nueve, por haber violado sexualmente a la menor referida, conforme se colige del certificado médico legal de fojas ciento trece —que concluyó: "*himen con signos de desfloración antigua, no signos de acto contranatura ni lesiones paragenitales*"—, el mismo que fue ratificado por el perito y la sindicación efectuada por la agraviada, así como con otros elementos de prueba periféricos, hecho ilícito que se consumó cuando la víctima tenía más de dieciséis años de edad —tal como se aprecia de su partida de nacimiento, obrante a fojas ciento treinta y ocho—, habiéndose encuadrado dicha conducta, tanto en la acusación fiscal y en las sentencias condenatorias, en el inciso tres del primer párrafo, del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, concordante con el último párrafo del artículo ciento setenta y tres del código sustantivo.

4.16. Estando a lo expuesto, se advierte que en el presente caso existe interés casacional para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, por la causal prevista en el inciso quinto, del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, en concordancia con el inciso cuarto, del artículo cuatrocientos veintisiete del mismo cuerpo legal, a efectos de establecer si la conducta ilícita de violación sexual de mayor de catorce años y menor de dieciocho años de edad —realizados mediante violencia física o amenazas—, previsto en el inciso tres, del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, concordante con el último párrafo del mismo artículo, debe ser reconducida al inciso dos, del segundo párrafo del artículo ciento setenta del Código Penal (ley

penal más favorable al reo), en concordancia con lo estipulado en los Acuerdos Plenarios números uno guion dos mil doce oblicua CJ guion dieciséis, del veintiséis de marzo del dos mil doce y cuatro guion dos mil ocho oblicua CJ guion ciento dieciséis, de dieciocho de julio del dos mil ocho, referidos a la exención de responsabilidad penal para toda relación sexual voluntaria con adolescentes mayores de catorce y menores de dieciocho años de edad, pues tienen capacidad de mantener relaciones sexuales voluntariamente al igual que una persona mayor de dieciocho años de edad; en tanto, no medie violencia, grave amenaza o engaño. A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional, recientemente emitió la sentencia del doce de diciembre del dos mil doce, recaída en el expediente número cero ocho guion dos mil doce guion PI oblicua TC, que declaro fundada la demanda de inconstitucionalidad, por haberse acreditado la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad, entre catorce años y menos de dieciocho; y en consecuencia, inconstitucional el artículo ciento setenta y tres, inciso tres del Código Penal modificado por la ley número veintiocho mis setecientos cuatro, lo cual no implica la excarcelación en los casos de violencia, agresión o abuso sexual contra dichos menores(en lo que no se acredita su consentimiento), pudiendo ser susceptibles de adecuación del tipo penal, dependiendo de los hechos concretos.

4.17. Entonces en los delitos de agresión sexual, el bien jurídico tutelado es la indemnidad o intangibilidad sexual, cuando el sujeto pasivo carece de las condiciones para decidir sobre su libertad en tal ámbito, siendo así nuestro ordenamiento jurídico —bajo el criterio de interpretación sistemático— protege a las personas menores de catorce años. En ese caso el ejercicio de la sexualidad con dichas personas se prohíbe en la medida en que pueda afectar el desarrollo que su responsabilidad y producir alteraciones importantes que indican en su vida o equilibrio psíquico de cara al futuro, por lo tanto, cualquier consentimiento del incapaz carece de validez, configurándose una presunción *iuris et de iure* de la ausencia del consentimiento valido; mientras que, cuando la edad supera los catorce años, el asunto se concreta a la protección de la libertad sexual, esto es la capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para autodeterminarse; toda vez que, es la expresión de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, vinculada de manera directa con el respeto de la dignidad de la persona humana; todo ellos conforme se explicó y desarrollo en los Acuerdos Plenarios número cuatro guion dos mil ocho oblicua CJ guion ciento dieciséis y uno guion dos mil doce oblicua CJ guión ciento dieciséis.

Violación sexual: Bien jurídico protegido

4.18. En tal sentido, resulta necesario reconducir la tipificación de la conducta imputada al encausado —que no afecto la indemnidad sexual sino la libertad sexual de una adolecente—, prevista en el inciso tres, artículo ciento setenta y tres —primer párrafo— del Código Penal, concordante con el último párrafo del mismo artículo, al regulado en el inciso dos, del segundo párrafo, del artículo ciento setenta del Código Penal, de conformidad con lo dispuesto en el inciso once, del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú, lo cual no afecta el derecho de defensa del encausado ni sus derechos fundamentales, puesto que se mantiene la homogeneidad del bien jurídico protegido, la inmutabilidad de los hechos y las pruebas, coherencia entre los elementos fáticos y normativos para realizar la correcta adecuación del tipo y esencialmente no se produce agravio al encausado, tal como lo puntualizó la sentencia del seis de febrero del dos mil nueve, expediente número doscientos ochenta y seis guion dos mil ocho guion PHC oblicua TC, Ayacucho.

Recon-ducción de la tipifica-ción de la conducta

4.19. Como segundo nivel de análisis, compete referirse al *quantum* de pena impuesta, a tenor de lo expuesto procedentemente cabe señalar que al haberse recalificado la conducta al segundo párrafo, del artículo ciento setenta del Código Penal, los márgenes punitivos han variado, por lo que la sanción legalmente correspondiente es de doce a dieciocho años de pena privativa de libertad; en ese sentido, teniendo en cuenta la forma en que sucedieron los hechos y al no existir circunstancias, debe imponerse la sanción más alta correspondiente al nivel de afectación del bien jurídico señalado, esto es, de dieciocho años de privación de libertad.

V. De los pronunciamientos emitidos por esta Suprema Sala Penal respecto a la reconducción del tipo penal de violación sexual

Finalmente, cabe resaltar que este Supremo Colegiado, ha emitido diversos pronunciamientos respecto a la materia en cuanto a la reconducción del tipo penal previsto en el inciso tres, del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, al artículo ciento setenta del Código Sustantivo(subsunción técnica jurídicamente correcta), en atención a la doctrina jurisprudencial establecida en los Acuerdos Plenarios números cuatro guion dos mil ocho oblicua CJ guion ciento dieciséis y uno guion dos mil doce oblicua CJ guion ciento dieciséis, así como las Ejecutorias supremas recaídas en los recursos de nulidad números novecientos ochenta y ocho guion dos mil once Huánuco, del doce de abril del dos mil doce, mil setecientos setenta guion dos mil once Cusco, del veintiuno de junio del dos mil doce, ochocientos

cincuenta y cuatro guion Ancash, del tres de abril del dos mil once y mil trescientos veintinueve guion Ancash, del tres de abril del dos mil once y mil trescientos veintinueve guion dos mil diez Arequipa, del nueve de noviembre del dos mil diez.

DECISIÓN

Por ello, administrando justicia a nombre de la Nación, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, acordamos:

I. Declarar **INFUNDADO** el recurso de casación por la causal de inobservancia de la garantía constitucional de carácter material, concretamente la afectación de las garantías de presunción de inocencia y debido proceso.

II. Declarar **INFUNDADO** el recurso de casación por la causal de falta de logicidad en la motivación.

III. Declarar **INFUNDADO** el recurso de casación por apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema.

IV. Declarar de oficio **FUNDADO** el recurso de casación —de conformidad con el inciso primero, del artículo cuatrocientos treinta y dos del Código Procesal Penal—, para desarrollo de doctrina jurisprudencial; en consecuencia **CASARON** el extremo de la sentencia de vista de fojas trescientos setenta, del dos de diciembre del dos mil once, que confirmó la sentencia de primera instancia de fojas trescientos uno, del uno de septiembre del dos mil once, que condenó a Rodolfo Rafael Tirado Rivera, por el delito contra la libertad sexual —violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales M.A.M.T. y revocó el extremo de la pena impuesta, reformándola le impuso veinticuatro años de pena privativa de libertad, ilícito penal previsto en el artículo ciento setenta y tres, inciso tercero del Código Penal, concordando con el último párrafo del artículo ciento setenta y tres del mismo cuerpo legal;

V. Actuando en sede de instancia, **REVOCARON** el extremo de la sentencia de vista de fojas trescientos setenta, del dos de diciembre del dos mil once, que confirmó la sentencia de primera instancia de fojas trescientos uno, del uno de septiembre del dos mil once, que condenó a Rodolfo Rafael Tirado Rivera, por el delito contra la libertad sexual-violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales M.A.M.T., y revocó el extremo de la pena impuesta, reformándola le impuso veinticuatro años de pena privativa de libertad, ilícito penal previsto en el artículo ciento setenta y tres, inciso tercero del Código Penal, concordando con el último párrafo del artículo ciento setenta y tres del mismo cuerpo legal; y,

VI. REFORMÁNDOLA condenaron al encausado Rodolfo Rafael Tirado Rivera, como autor del delito contra la libertad sexual, previsto en el inciso segundo, del

segundo párrafo, del articulo ciento setenta del aludido Código Penal, y como tal le impusieron dieciocho años de pena privativa de libertad, que con el descuento de carcelería que viene sufriendo desde el primero de septiembre de dos mil once, vencerá el treinta y uno de agosto de dos mil veintinueve.

VII. ESTABLECER COMO DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE lo señalado en el punto cuarto de la parte considerativa de la presente Ejecutoria suprema —de conformidad con el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal—, respecto a la reconducción del tipo penal en los atentados a la libertad sexual, en agravio de los adolescentes de catorce y menores de dieciocho años de edad, al tipo penal previsto en el artículo ciento setenta del Código Penal.

VIII. DISPUSIERON se dé lectura de la presente sentencia casatoria en audiencia privada y se publique en el diario oficial *El Peruano*.

IX. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema;

Hágase saber.

S.S
VILLA STEIN /PARIONA PASTRANA /SALAS ARENAS /BARRIOS ALVARADO /ROZAS ESCALANTE

3.
CASACIÓN N.º 49-2011-LA LIBERTAD
EL BIEN JURÍDICO EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES

Casación	**N.º 49-2011-La Libertad**
Fecha	10.07.2012
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponente	Jorge Salas Arenas
Tema	El bien jurídico en los delitos contra la libertad e integridad sexual
Doctrina jurisprudencial vinculante	ff. jj. n.os 3.1 y 3.7
Concordancia	Código Penal: arts. 710 y 173

SUMILLA:

3.3. Este criterio se sustenta en la idea básica y determinante de que en los delitos de agresión sexual, al hablar de indemnidad o intangibilidad sexual, nos referimos específicamente a la preservación de la sexualidad de una persona cuando no ésta en condiciones de decidir sobre su libertad en tal ámbito, considerando en tal condición nuestro ordenamiento jurídico —bajo el criterio de interpretación sistemático— a las personas menores de catorce años. En ese caso el ejercicio de la sexualidad con dichas personas se prohíbe en la medida en que pueda afectar al desarrollo de su personalidad y producir alteraciones importantes que incidan en su vida o equilibrio psíquico de cara al futuro, por lo tanto, cualquier consentimiento del incapaz carece de validez, configurándose una presunción iuris et de iure de la ausencia de avenimiento válido; mientras que, cuando la edad supera los catorce años, el asunto se concreta a la protección de la libertad sexual, esto es, la capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para auto determinar lo que estime en tal ámbito, toda vez que, es la expresión cardinal de la libertad personal vinculada de manera directa con el principio ético y jurídico del respeto de lo dignidad de la persona humana; todo ello conforme se explicó y desarrolló en el Acuerdo Plenario número cero cuatro guión dos mil ocho oblicua CJ guión ciento dieciséis.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 49-2011
LA LIBERTAD

SENTENCIA DE CASACIÓN - DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Lima, diez de julio de dos mil doce

VISTOS; en audiencia privada; el recurso de casación concedido "para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial por la causal prevista en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal a efectos de establecer si la conducta ilícita de violación sexual de mayor de catorce años y menor de dieciocho años de edad —*realizados mediante violencia física o amenaza*— previsto en el inciso tres del artículo ciento setenta y tres del Código Penal debe ser reconducida al artículo ciento setenta del Código Penal (*Ley más favorable al reo*) en atención a la doctrina jurisprudencial establecida en el Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis, de dieciocho de julio de dos mil cinco" a la defensa técnica del encausado don Elías Samuel García Briceño; emitiéndose la decisión bajo la ponencia del señor Juez Supremo Salas Arenas.

PRIMERO: DECISIÓN CUESTIONADA

Lo es la sentencia de vista de trece de enero de dos mil once —obrante en los folios doscientos cuarenta y cuatro a doscientos cincuenta y dos—, que confirmó la sentencia de primera instancia de veinticinco de junio de dos mil diez —obrante en los folios noventa y cuatro a ciento veintinueve—, que lo condenó como autor del delito contra la libertad, en la modalidad de violación sexual menor de edad, en agravio de la menor de quince años de edad identificada con las iniciales J.G.R.C., imponiéndole veinticinco años de pena privativa de libertad, con lo demás que contiene.

SEGUNDO: DEL ITINERARIO DE LA CAUSA EN PRIMERA INSTANCIA

2.1. El encausado García Briceño fue procesado penalmente con arreglo al nuevo Código Procesal Penal. El señor Fiscal Provincial mediante requerimiento de dieciocho de febrero de dos mil diez —de los folios uno a trece— formuló acusación en su contra por el delito contra la libertad sexual - violación sexual de menor de edad, **previsto en el inciso tercero del artículo ciento setenta y tres del Código Penal**, en agravio de la menor identificada con las iniciales J.G.R.C.

2.2. Se llevó a cabo por el señor Juez de Investigación Preparatoria la audiencia de control de la acusación —conforme se advierte del acta obrante en los folios dos a cuatro—. El auto de citación a juicio fue expedido por el Juzgado Penal Colegiado correspondiente al veintinueve de marzo de dos mil diez —obrante en los folios siete a diez del cuaderno de debate—.

2.3. Seguido el juicio de primera instancia —como se advierte de las actas de los folios setenta y siete, ochenta y uno, ochenta y nueve y noventa— el Juzgado Penal Colegiado dictó la sentencia de veinticinco de junio de dos mil diez —conforme se

advierte de los folios noventa y cuatro a ciento veintinueve— que condenó a don Elías Samuel García Briceño por delito contra la libertad - violación de la libertad sexual de menor de quince años de edad, en agravio de la menor identificada con las iniciales J.G.R.C. a veinticinco años de pena privativa de libertad.

2.4. El señor abogado defensor del encausado García Briceño interpuso recurso de apelación mediante escrito de los folios ciento sesenta y seis a ciento setenta y tres. Este recurso fue concedido mediante auto de uno de julio de dos mil diez de los folios ciento treinta y ocho y ciento treinta y nueve.

TERCERO: DEL TRÁMITE RECURSAL EN SEGUNDA INSTANCIA

3.1. Culminada la fase de traslado de la impugnación la Primera Sala Superior Penal "de Apelaciones" de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, emplazó a las partes a fin de que concurrieran a la audiencia, de apelación de sentencia y se realizó el seis de enero de dos mil once —conforme aparece del folio doscientos treinta y nueve—, cumpliendo el Tribunal de Apelación con emitir y leer en audiencia privada la sentencia de apelación de trece de enero de dos mil once de los folios doscientos cuarenta y cuatro a doscientos cincuenta y dos.

3.2. La sentencia de vista recurrida en casación confirmó la de primera instancia que lo condenó como autor del delito indicado con la sanción de veinticinco años de pena privativa de libertad; con lo demás que contiene.

CUARTO: DEL TRÁMITE DEL RECURSO DE CASACIÓN PLANTEADO POR LA DEFENSA TÉCNICA DEL PROCESADO

4.1. Leída la sentencia de vista, la defensa técnica del encausado formuló recurso de casación correspondiente mediante escrito de los folios doscientos cincuenta y seis a doscientos sesenta y siete.

4.2. Concedido el recurso por auto de veintiséis de enero de dos mil once de los folios doscientos sesenta y ocho y doscientos sesenta y nueve, se elevó la causa a este Supremo Tribunal el tres de marzo de dos mil once.

4.3. Cumplido el trámite de traslado a los sujetos procesales por el plazo de diez días, ésta Suprema Sala Penal mediante Ejecutoria de veinte de septiembre de dos mil once —obrante en los folios veinte a treinta y cuatro del cuadernillo formado en esta Instancia—, en uso de su facultad de corrección, admitió el trámite del recurso por el motivo previsto en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal.

4.4. Se realizó la audiencia conforme se aprecia del folio cuarenta y siete quedando la causa expedita para emitir decisión.

4.5. Deliberada la causa en secreto y votada en la fecha, ésta Suprema Sala Penal cumple con emitir la presente sentencia, cuya lectura en audiencia privada —con

las partes que asistan— se realizará por la Secretaría de la Sala el veintitrés de julio del año en curso a las ocho horas con treinta minutos de la mañana.

CONSIDERANDO

PRIMERO: SUSTENTO NORMATIVO

Causales de la Casación

1.1. El inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, en cuanto refiere que: **"Si la sentencia o auto importe una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas".**

Tipificación del delito de violación sexual de menor de edad

1.2. El primer párrafo del artículo ciento setenta y tres inciso tercero del Código Penal que regula el delito de violación sexual de menor de edad cuando la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

Tipificación del delito de violación sexual

1.3. El primer párrafo del artículo ciento setenta de la citada norma penal sustantiva, relativo al delito de violación sexual realizado con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal, o bocal {sic} o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de ocho años.

Contenido de la sentencia y pleno casatorio

1.4. El inciso 3º del artículo 433 del Código Procesal Penal —referente al contenido de la sentencia casatoria y Pleno Casatorio— en tanto establece que: "(...) la Sala de oficio o a pedido del Ministerio Público podrá decidir, atendiendo a la naturaleza del asunto objeto de decisión, que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial vinculante a los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la propia Corte Suprema, la cual permanecerá hasta que otra decisión expresa la modifique. Si existiere otra Sala Penal o ésta se integra con otros Vocales, sin perjuicio de resolverse el recurso de casación, a su instancia, se convocará inmediatamente al Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema para la decisión correspondiente, que se adoptará por mayoría absoluta. En este último supuesto no se requiere la intervención de las partes, ni la resolución que se dicte afectará la decisión adoptada en el caso que la motiva. La resolución que declare la doctrina jurisprudencial se publicará en el diario oficial.

Asimismo el inciso cuarto del citado dispositivo procesal señala que: "Si se advirtiere que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o aplicación de una determinada norma, de oficio o a instancia del Ministerio Público o de la Defensorio 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 Defensorio del Pueblo. Rige, en lo pertinente, lo dispuesto en el numeral anterior".

1.5. El Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis, con carácter vinculante, referida a los adolescentes mayores de catorce y menores de dieciocho años de edad tienen capacidad de mantener relaciones sexuales voluntariamente (al igual que una persona mayor de dieciocho años de edad).

1.6. El inciso once del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú, respecto a los principios de la función jurisdiccional.

1.7. La sentencia del Tribunal Constitucional, EXP. N.º 00286-2008-PHC/TC -Ayacucho- de 6 de febrero del 2009, en que se resaltó que: **"Una reconducción del hecho delictivo al tipo penal, (...) no puede ser entendida como una nueva persecución punitiva, de modo que no se ha producido la afectación del principio constitucional del debido proceso".**

1.8. La sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. Nº 010-2002-AI/TC/ Fundamentos jurídicos 197 y 199, de cuatro de enero de dos mil tres, relativo al principio de Proporcionalidad en su vinculación con el Estado de Derecho comporta exigencias de justicia material: "En la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, el no sólo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material. Es decir, impone al legislador que al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer. Este principio en el plano legislativo, se encuentra en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal. (...) Corresponde al ámbito del legislador, al momento de determinar las penas, evaluar factores tales como la gravedad del comportamiento o la percepción social relativa a la adecuación entre delito y pena. Al Tribunal Constitucional, en cambio, le corresponde indagar si los bienes o intereses que se trata de proteger son de naturaleza constitucional y por tanto, son socialmente relevantes; asimismo, evaluar si la medida es idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que se persiguen, por no existir otras penas menos aflictivas de la libertad y, finalmente,

Principio de proporcionalidad

juzgar si existe un desequilibrio manifiesto, esto es, excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma"[1].

1.9. La Ejecutoria Suprema del 20/5/2004, R. N. N° 215-2004-PUNO; en cuanto a la graduación de la pena conforme a los principios de proporcionalidad y racionalidad: "Corresponde graduar la pena impuesta en atención al principio de proporcionalidad y racionalidad de la pena, previsto en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, considerándose además sus fines preventivos, protectores y resocializadores, los cuales deben ir en consonancia con los indicadores y circunstancias a que se contraen los artículos 45° y 46° del Código acotado. En ese contexto analizados los actuados se desprende que el encausado carece de antecedentes penales, no se ha acreditado violencia física ni la utilización de armas al momento de la consumación escaso nivel cultural y los factores sociológicos que en cierto modo condicionaron su conducta delictiva, resultando procedente efectuar la rebaja prudencial de la pena impuesta"[2].

Graduación de la pena

1.10. El recurso de nulidad de la Ejecutoria Suprema N° 1700-2010-LIMA, señala que: "(...) atendiendo que el inciso tercero del artículo ciento setenta y tres del Código Penal protege al sujeto pasivo que tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, es evidente que por la edad de la agraviada —quince años de edad— la conducta del encausado se encontraba inmersa dentro del ámbito de protección al que se refiere el artículo ciento setenta, inciso uno del Código Penal, que protege la libertad sexual de la agraviada coactada y anulada por el ilícito accionar del encausado; que siendo así esta norma resulta aplicable al recurrente"[3], igualmente en las Ejecutorias Supremas: R.N. N° 988-11- HUÁNUCO (12 de abril 2012), R. N. N° 1770-11-CUSCO (21 de junio 2012) R. N. N° 854-l1-ANCASH (03 de abril 2011), R. N. N° 1329-10 AREQUIPA (09 noviembre 2010)[4].

Subsunción de la conducta del agente

1 En *Jurisprudencia penal*, tomo I, Trujillo, Editora Normal Legales, 2003, p. 532.

2 Castillo Alva, José Luis. *Jurisprudencia penal* 1, sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República, Lima, Grijley, 2006, p. 232.

3 Conforme se aprecia del séptimo fundamento de la Ejecutoria Suprema N° 1700-2010-Lima, de 03 de mayo del 2011.

4 En este punto el Juez Supremo Ponente, se aparta del criterio resolutivo plasmado en el voto singular de la Ejecutoria Suprema emitida en el Recurso de Nulidad N° 1222-2011. Apartamiento que por los demás resulta producto de un consenso alcanzado vía Acuerdo Plenario sobre la materia.

SEGUNDO: DE LOS FUNDAMENTOS EXPUESTOS EN EL AUTO DE CALIFICACIÓN QUE CONCEDIÓ EL RECURSO DE CASACIÓN

Se señaló en el sexto fundamento del auto de calificación que: "que sin embargo, este Supremo Tribunal, considera que en el presente caso existe interés casacional para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial por la causal prevista en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal a efectos de establecer si la conducta ilícita de violación sexual de mayor de catorce años y menor de dieciocho de años de edad —realizados mediante violencia física o amenaza— previsto en el inciso tres del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, debe ser reconducida al artículo ciento setenta del Código Penal (Ley Penal más favorable al reo) en atención a la doctrina jurisprudencial establecida en el Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis, de dieciocho de julio de dos mil ocho, emitido por las Salas Penales Permanente y Transitoria, referida a los adolescentes mayores de catorce y menores de dieciocho años de edad tienen capacidad de mantener relaciones sexuales voluntariamente al igual que una persona mayor de dieciocho años de edad".

Fundamento del recurso de Casación

TERCERO: ANÁLISIS JURÍDICO FÁCTICO

3.1. Está fuera de discusión la culpabilidad y responsabilidad penal del encausado en el hecho punible por haber violado sexualmente a la menor ya referida mediando violencia, por medio de la fuerza conforme se colige del certificado médico legal del folio cincuenta y uno —que concluyó: **"lesiones traumáticas externas recientes de origen contuso, himen con signos de desfloración reciente, lesiones recientes en genitales externos y ano conservado"** — hecho que se consumó cuando la víctima tenía más de quince años de edad, habiéndose encuadrado dicha conducta, tanto en la acusación fiscal y en las sentencias condenatorias, en el primer párrafo del inciso tres del artículo ciento setenta y tres del Código Penal —modificado por la ley número veintiocho mil setecientos cuatro—.

3.2. En el auto de calificación de veinte de septiembre del dos mil once, se subraya como interés casacional, la necesidad de establecer si la conducta ilícita de violación sexual de mayor de catorce y menor de dieciocho años de edad —realizados mediante violencia física o amenaza—, previsto en el inciso tres del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, debe ser reconducida al artículo ciento setenta del Código Penal (Ley Penal más favorable al reo); en atención a la doctrina jurisprudencial establecida, unitaria y pacíficamente acepta que a partir

de los catorce años de edad opera el consentimiento en materia sexual, jurisprudencia cuyo denominador común excluye de responsabilidad penal cuando mediara consentimiento de la víctima.

3.3. Este criterio se sustenta en la idea básica y determinante de que en los delitos de agresión sexual, al hablar de indemnidad o intangibilidad sexual, nos referimos específicamente a la preservación de la sexualidad de una persona cuando no ésta en condiciones de decidir sobre su libertad en tal ámbito, considerando en tal condición nuestro ordenamiento jurídico —bajo el criterio de interpretación sistemático— a las personas menores de catorce años. En ese caso el ejercicio de la sexualidad con dichas personas se prohíbe en la medida en que pueda afectar al desarrollo de su personalidad y producir alteraciones importantes que incidan en su vida o equilibrio psíquico de cara al futuro, por lo tanto, cualquier consentimiento del incapaz carece de validez, configurándose una presunción iuris et de iure de la ausencia de avenimiento válido; mientras que, cuando la edad supera los catorce años, el asunto se concreta a la protección de la libertad sexual, esto es, la capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para auto determinar lo que estime en tal ámbito, toda vez que, es la expresión cardinal de la libertad personal vinculada de manera directa con el principio ético y jurídico del respeto de lo dignidad de la persona humana; todo ello conforme se explicó y desarrolló en el Acuerdo Plenario número cero cuatro guión dos mil ocho oblicua CJ guión ciento dieciséis[5].

Indemnidad sexual

Libertad sexual

3.4. El Supremo Tribunal consideró que dicho dispositivo legal era contradictorio con algunas disposiciones del Código Civil y también con otras normas que configuran el propio Código Penal integrante del denominado derecho penal sexual. Partiendo de los fundamentos jurídicos del Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis, de dieciocho de julio de dos mil ocho, emitido por las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, en que se estableció que el Estado tiene el deber de criminalizar conductas asociadas a la vulneración de la indemnidad sexual, que en el caso peruano acontece cuando el sujeto pasivo del delito cuenta con menos de catorce años de edad, y que los mayores a dicha edad cuentan con la capacidad jurídica para disponer del bien jurídico —libertad sexual—; estando a lo dispuesto en el inciso once del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú, resulta aplicable a la conducta imputada al encausado recurrente, que no

Problemática derivada de la tipificación del delito de violación sexual de menor

5 Conforme se aprecia en el 6° fundamento de la Ejecutoria Suprema, Recurso de Nulidad N° 1222-2011-Lima, de nueve de febrero del 2012.

afectó la indemnidad sexual sino la libertad sexual de una adolescente, en el primer párrafo del inciso primero del artículo ciento setenta del Código Penal (vigente por ser el correspondiente) debiendo por tanto considerarse los márgenes punitivos de este tipo penal, por tanto, resulta necesario en el presente caso, reconducir la tipificación hecha en el tipo penal del inciso tres del artículo ciento setenta y tres —primer párrafo— del Código Penal, al regulado en la primera parte del primer párrafo del artículo ciento setenta del propio Código; debiendo puntualizarse, a la luz, de la sentencia del 6 de febrero del 2009, EXP. N.º 00286-2008-PHC/TC-Ayacucho, no se afecta principios constitucionales.

3.5. En los casos que correspondan procederá la consideración circunstancias de agravación del artículo 171 o 172 del Código Penal, en tanto el Parlamento nacional modifique el marco específico de punición o sí así lo determinara en ejercicio de sus funciones constitucionales.

3.6. Como segundo nivel de análisis, compete referirse al quantum de pena impuesta, a tenor de lo expuesto precedentemente cabe señalar que la pena anteriormente impuesta suponía una sanción no menor de 25 años ni mayor de 30 años, pero al haberse recalificado la conducta, es pertinente aplicar la sanción legalmente correspondiente al del que afecta la libertad sexual y siendo el artículo 170 del Código Penal, regulado en **la primera parte del primer párrafo del artículo ciento setenta** en un límite que va de seis a ocho años de pena privativa de la libertad, teniendo en cuenta la forma en que sucedieron los hechos y al no existir circunstancia de atenuación (tendiendo en consideración sus condiciones personales al ser un agente con veintitrés años de edad, natural de Caserío Coypin-Huamachuco, conviviente, con sexto grado de instrucción primaria, agricultor y sin antecedentes penales) debe imponerse la sanción más alta correspondiente al nivel de afectación del bien jurídico señalado, esto es, la de ocho años de privación de libertad.

Quantum de la pena

3.7. Asimismo, es pertinente señalar que no se vulnera el derecho de defensa del encausado ni sus derechos fundamentales, puesto que se mantiene la homogeneidad del bien jurídico protegido, la inmutabilidad de los hechos y las pruebas, coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación del tipo y esencialmente no se produjo agravio al encausado.

Justificación de la reconducción del tipo penal

CUARTO: DE LOS PRONUNCIAMIENTOS EMITIDOS POR ESTA SUPREMA SALA PENAL RESPECTO A LA RECONDUCCIÓN DEL TIPO PENAL DE VIOLACIÓN SEXUAL

Finalmente, cabe resaltar que como se glosa en el sustento normativo (apartado 1.10) éste Supremo Colegiado, ha emitido diversos

pronunciamientos respecto a la materia en cuanto a la reconducción del tipo penal previsto en el inciso tres del artículo ciento setenta y tres del Código Penal al artículo ciento setenta del Código Penal (subsunción técnica jurídicamente correcta) en atención a la doctrina jurisprudencial establecida en el Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis.

DECISIÓN

Por ello, administrando justicia a nombre del Pueblo, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República acordamos:

I. DECLARAR FUNDADA LA CASACIÓN y, en consecuencia, **NULO** el extremo de la sentencia de vista de trece de enero de dos mil once —obrante en los folios doscientos cuarenta y cuatro a doscientos cincuenta y dos—, que confirmó la condena de primera instancia, de veinticinco de junio de dos mil diez —obrante en los folios noventa y cuatro a ciento veintinueve—, que condenó a don **ELÍAS SAMUEL GARCÍA BRICEÑO** como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de quince años de edad identificada con las iniciales J.G.R.C., imponiéndole veinticinco años de pena privativa de libertad, ilícito penal previsto en el artículo ciento setenta y tres, inciso tercero del Código Penal; en consecuencia;

II. RECONDUCIR dicho comportamiento al tipo penal previsto en el artículo ciento setenta del referido Código Punitivo; y actuando en sede de instancia;

III. REVOCAR la sentencia de primera instancia de veinticinco de junio de dos mil diez — obrante en los folios noventa y cuatro a ciento veintinueve—, que condenó a don **ELÍAS SAMUEL GARCÍA BRICEÑO** como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de quince años de edad identificada con las iniciales J.G.R.C., imponiéndole veinticinco años de pena privativa de libertad, ilícito penal previsto en el artículo ciento setenta y tres, inciso tercero del Código Penal; y

IV. REFORMÁNDOLA, condenaron a don **ELÍAS SAMUEL GARCÍA BRICEÑO** como autor del delito contra la libertad sexual, previsto en el artículo ciento setenta del aludido Código Penal, y como tal le impusieron ocho años de pena privativa de libertad que con el descuento de carcelería que viene sufriendo desde el veintiuno de mayo de dos mil nueve (conforme se advierte del folio dieciséis del cuaderno de detención preliminar) vencerá el veinte de mayo de dos mil diecisiete.

V. ESTABLECER COMO DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE lo señalado en la parte considerativa de la presente Ejecutoria Suprema —de conformidad con el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal—, **respecto a la reconducción de los**

atentados a la libertad sexual en agravio de los adolescentes de 14 años a los 18 años de edad, al tipo penal previsto en el artículo 170 del Código Penal.

VI. DISPONER que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia privada por intermedio de la señorita secretaria de esta Suprema Sala Penal; y acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia e incluso a las no recurrentes;

VII. PUBLICAR en el diario oficial "El Peruano", conforme a lo previsto en la parte in fine del inciso tres del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal; interviene el señor Juez Supremo Morales Parraguez por el periodo vacacional del señor

S.S.

VILLA STEIN /RODRÍGUEZ TINEO /PARIONA PASTRANA /SALAS ARENAS /MORALES PARRAGUEZ

4.
CASACIÓN N.º 335-2015-DEL SANTA
CRITERIOS PARA APLICAR LA PENA EN CASO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD

Casación	**N.º 335-2015-Del Santa**
Fecha	01.06.2016
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponente	César Hinostroza Pariachi
Tema	Criterios para aplicar la pena en caso de violación sexual de menor de edad
Doctrina jurisprudencial vinculante	ff. jj. nºs 42, 43 y 45
Concordancia	Código Penal: arts. 22 y 173.2

SUMILLA:
La inaplicación de la pena conminada en el tipo penal previsto en el artículo 173, inciso 2, del Código Penal, vía control difuso de la ley, es compatible con la Constitución, para ello debe realizarse el test de proporcionalidad, con sus tres subprincipios: de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. De igual modo, la inaplicación de la prohibición contenida en el artículo 22, segundo párrafo, del Código Penal, vía control difuso, para los delitos sexuales, también es compatible con la Constitución. Para la graduación de la pena concreta a imponerse al procesado, en caso de inaplicación de la pena conminada del tipo penal respectivo, debe acudirse al artículo 29 del Código Penal. Para la individualización judicial de la pena a los autores o partícipes que al momento de los hechos contaban entre 18 y 21 años de edad, se tendrán en cuenta, entre otros factores: **i)** Ausencia de violencia o amenaza contra el sujeto pasivo para el acceso carnal; **ii)** Proximidad de la edad de la agraviada a los catorce años de edad; **iii)** Afectación psicológica mínima del sujeto pasivo; **iv)** Diferencia etárea entre la víctima y el sujeto activo del delito.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 335-2015
DEL SANTA

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, primero de junio del dos mil dieciséis

VISTOS: En audiencia privada, el recurso de casación interpuesto por la señora Fiscal Superior de la Tercera Fiscalía Superior Penal de Apelaciones del distrito fiscal Del Santa, contra la sentencia de vista de fojas doscientos noventa y uno, del diecinueve de marzo del dos mil quince, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia Del Santa, en los extremos que revocó la sentencia de primera instancia de fojas ciento ochenta y cinco, de fecha treinta de octubre del dos mil catorce, y resolvió: **i)** Inaplicar el mínimo y máximo de la pena conminada prevista para el delito contra la libertad sexual-violación sexual presunta, tipificado en el artículo 173, inciso 2, del Código Penal; e inaplicar la prohibición de la atenuante por responsabilidad restringida estipulada en el artículo 22, segundo párrafo, del Código Penal; **ii)** Modificar la pena impuesta —treinta años—, y reformándola, impuso al acusado la pena de cinco años de pena privativa de libertad efectiva; en el proceso penal seguido contra Geancarlos Vega Mejía, como autor del delito contra la libertad sexual-violación sexual presunta, en agravio de la menor identificada con las iniciales C.B.Y.B.

De conformidad, en parte, con lo opinado por el señor fiscal supremo en lo penal.

Interviene como ponente el señor juez supremo César Hinostroza Pariachi.

FUNDAMENTOS DE HECHO

§. Itinerario del Procedimiento en primera instancia

PRIMERO. El señor Fiscal Provincial Coordinador de la Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa Del Santa, mediante requerimiento de fojas setenta y cuatro, formuló acusación contra Geancarlos Vega Mejía como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor, en agravio de la menor identificada con las iniciales C.B.Y.B., solicitando que se le imponga treinta años de pena privativa de libertad y dos mil soles por concepto de reparación civil a favor de dicha agraviada.

Segundo. Realizado el control de acusación —fojas ciento treinta y uno, y ciento treinta y seis del Tomo I—, se emitió el auto de enjuiciamiento de fojas ciento treinta y ocho. El inicio del juicio oral se produjo el primero de octubre del dos mil catorce —fojas ciento veinticinco—. Las sesiones plenarias se extendieron hasta el treinta de octubre del mismo año — fojas ciento setenta y uno—. En la misma fecha, el Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia Del Santa, emitió la sentencia de fojas ciento ochenta y cinco, condenando a Geancarlos Vega Mejía como autor del delito contra la libertad sexual, en lo modalidad de violación de la libertad sexual de menor de edad, en agravio de la menor identificada con

las iniciales C.B.Y.B., a treinta años de pena privativa de libertad y fijó la suma de dos mil soles por concepto de reparación civil a favor de la indicada menor.

§. Itinerario del Procedimiento en **segunda instancia**

Tercero. Contra la sentencia condenatoria, el procesado Geancarlos Vega Mejía interpuso recurso de apelación —fojas doscientos veinte—; el mismo que fue concedido mediante resolución de fojas doscientos veintiséis, elevándose los actuados al Superior Tribunal. Así, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia Del Santa, mediante resolución de fojas doscientos setenta y tres, señaló fecha de audiencia de apelación el día nueve de marzo del dos mil quince. En la fecha indicada se dio inicio a la audiencia —fojas doscientos ochenta y dos—. Compareció el señor Fiscal Adjunto Superior de la Tercera Fiscalía Superior del distrito fiscal Del Santa, así como el abogado defensor del sentenciado Geancarlos Vega Mejía. Ambos sujetos procesales expusieron sus pretensiones. El primero solicitó que se confirme la sentencia apelada. En tanto, el segundo requirió su revocatoria y consecuente absolución de los hechos incriminados. Los alegatos versaron en dos aspectos medulares:

I) Del lado del fiscal, se enfatizó en la contundencia de la prueba de cargo para justificar la condena, la pena y la reparación civil impuesta .

II) Del lado de la defensa, se destacó que la edad de la menor solo podía acreditarse mediante la partida de nacimiento respectiva; que la agraviada incurrió en diversas contradicciones respecto a las circunstancias en que se produjo la violación; que el encausado no ha sido reconocido como autor del delito y resulta poco probable que el acto sexual se haya producido en el domicilio de este último, y que en la determinación de la pena, no se ha considerado su condición de agente primario, por lo que debió imponérsele una sanción por debajo del mínimo legal.

Cuarto. La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia Del Santa, mediante sentencia de vista de fojas doscientos noventa y uno, de fecha diecinueve de marzo del dos mil quince, resolvió: **i)** Inaplicar el mínimo y máximo de la pena conminada [de treinta a treinta y cinco años de pena privativa de libertad] prevista en el artículo 173, inciso 2, del Código Penal, y la prohibición de responsabilidad restringida estipulada en el artículo 22, segundo párrafo, del Código acotado; **ii)** Elevar en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, en caso no fuese interpuesto el recurso de casación; **iii)** Declarar fundado en parte el recurso de apelación interpuesto por el procesado Geancarlos Vega Mejía; contra la sentencia de primera instancia de fojas ciento ochenta y cinco, de fecha treinta de octubre del dos mil catorce; **iv)** Confirmar la referida sentencia en cuanto condenó a Geancarlos Vega Mejía, como autor del delito contra la libertad sexual-violación sexual presunta, en agravio de la menor identificada con las iniciales C.B.Y.B.; **v)** Modificar la pena impuesta

al condenado, y, reformándola, le impuso la pena de cinco de pena privativa de libertad efectiva; y, **vi)** Confirmar en el no que fija por concepto de reparación civil, la suma de dos mil soles a favor de la agraviada.

Quinto. Los hechos declarados probados por la Sala Penal Superior, desde la perspectiva jurídica, constituyen tópicos inalterables para este Supremo Tribunal, respecto de los cuales no cabe su impugnación en sede casatoria. En este sentido, de la sentencia de primera instancia y de la de vista, se desprende lo siguiente:

A. Que, el acto sexual en perjuicio de la agraviada identificada con las iniciales C.B.Y.B., se acreditó con el certificado médico legal número 001461-EIS, de fojas ciento cuarenta y siete, que diagnostica la presencia de: *"Lesiones traumáticas externas recientes en región genital, himen: desfloración antigua y ano: signos de acto contra natura antiguo con lesiones recientes".*

B. Que, el Protocolo de Pericia Psicológica número 001484-2013-PSC, de fojas ciento cuarenta y ocho, establece que la menor presenta: *"Personalidad ansiosa tendiente a la extroversión, reacción depresiva, temor, desgano asociado al motivo de investigación* [...] *indicadores de estresor de tipo sexual (sudoración palmar, onicofagia, labilidad, ruborización".*

C. Que, la edad de la agraviada está debidamente probada con la partida de nacimiento de fojas doscientos cincuenta, según la cual nació el tres de febrero del dos mil, por lo que, a la fecha del evento criminoso (veintisiete de febrero del dos mil trece), tenía trece años y veinticinco días de edad.

D. Que, la relación sexual entre la menor individualizada con las iniciales C.B.Y.B. y el acusado Geancarlos Vega Mejía fue consentida, no habiendo mediado violencia o amenaza. El acusado en referencia, al momento de los hechos, contaba con 19 años de edad.

§. Del Recurso de Casación.

Sexto. La señora fiscal superior, a fojas trescientos catorce, interpuso recurso de casación contra la sentencia de vista de fojas doscientos noventa y uno, en los extremos que: **a)** Inaplicó el mínimo y máximo de la pena conminada [de 30 a 35 años de pena privativa de libertad] prevista en el artículo 173, numeral 2, del Código Penal, y la prohibición de responsabilidad restringida estipulada en el artículo 22, segundo párrafo, del Código acotado; y, **b)** Modificó la pena de 30 años de pena privativa de libertad, impuesta al acusado Geancarlos Vega Mejía, y reformándola, le impuso 5 años de pena privativa de libertad efectiva. Se invocó como causales del recurso de casación, las previstas en el artículo 429, numerales 1 y 3, del Código Procesal Penal. El recurso fue concedido por resolución de fojas trescientos sesenta y dos.

Sétimo. Este Supremo Tribunal mediante Ejecutoria suprema de fecha 5 de octubre del 2015, obrante a folios 48 en el presente cuadernillo, declaró bien concedido el recurso de casación, solo por la causal prevista en el artículo 429, numeral 3, del Código adjetivo acotado, cuyo texto es el siguiente: "Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación". Mientras que fue declarado inadmisible por la causal prevista en el inciso 1, del artículo 429 del Código Procesal Penal, cuyo texto señala: "*Si la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías*". En este sentido, lo que es materia de dilucidación en sede casacional se restringe a lo siguiente:

A. La inaplicación (falta de aplicación) de la pena conminada prevista en el artículo 173, numeral 2, del Código Penal; y, **B.** La inaplicación (falta de aplicación) del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, que excluye la responsabilidad restringida de los sujetos activos de 18 a 21 años de edad, en el delito de violación sexual.

Octavo. Instruidas las partes procesales de la admisión del recurso de casación —notificación de fojas cincuenta y tres, en el cuadernillo supremo—, se expidió el decreto de fojas cincuenta y cinco en el presente cuadernillo, señalándose fecha para la audiencia de casación el dieciocho de mayo del dos mil dieciséis. El señor **fiscal supremo en lo penal**, mediante escrito de fecha diecisiete de mayo del dos mil dieciséis, presentado un día antes de la audiencia de casación, mostró su conformidad con la inaplicación de las normas legales antes mencionadas, efectuada por la Sala Penal de Apelaciones Del Santa, aunque exponiendo argumentos distintos; sin embargo, solicitó que la pena se incremente en 3 años, es decir, en vez de 5 se imponga al procesado la pena de 8 años de pena privativa de libertad. El máximo representante del Ministerio Público y titular del ejercicio público de la acción penal, como ente persecutor, sostiene en resumen los siguientes argumentos: **i)** Que, existen buenas razones para admitir el control difuso efectuado por el Tribunal Superior, siendo admisible, por un lado, la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, y de otro lado, la imposición de una perna por debajo del marco legal para el delito imputado; **ii)** Que, el consentimiento en la relación sexual sostenida entre un sujeto activo de responsabilidad restringida y un sujeto pasivo que está en edad cercana a adquirir autodeterminación sexual, constituyen circunstancias tácticas constitucionalmente relevantes para influir en el marco sancionatorio que debe aplicarse, debiendo ser uno menor al previsto por la ley, motivo por el cual, no convergen razones jurídicas para considerar que un agente necesite treinta años de pena privativa de libertad para resocializarse, por haber mantenido una relación sexual con una menor de trece años de edad; **iii)** Que, la sanción acotada no supera el juicio de necesidad, estimándose que su

resocialización como fin de la pena se puede alcanzar con un marco punitivo que restrinja su derecho a la libertad personal de modo más benigno; **iv)** Que, la sanción de treinta años de privación de libertad anula el bien jurídico [libertad personal] junto al proyecto de vida del imputado, quien es una persona joven que apenas superó el límite de edad para ser considerado imputable penalmente. Asimismo, anota que el delito fue consumado cuando la menor se encontraba en la última etapa de desarrollo de su capacidad psicofísica para adquirir autodeterminación sexual. Al punto que, de acuerdo a la pericia psicológica practicada, no se revelan reacciones o indicadores de alta gravedad de afectación emocional; **v)** Que, si bien el consentimiento en la relación sexual, no es relevante para determinar la consumación del tipo penal; si constituye un factor trascendente al momento de la determinación de la sanción penal. Por todas estas consideraciones, estando a que el hecho no reportó circunstancias agravantes, pues, contrariamente a ello, se destaca que el agente tenía la condición de reo primario y por su imputabilidad relativa, corresponde disminuir prudencialmente la pena del marco legal abstracto señalado; considerando que debe aplicársele 8 años de pena privativa de libertad.

Noveno. La audiencia de casación se realizó con la intervención del señor fiscal supremo en lo penal, y culminada la misma, de inmediato, se produjo la deliberación de la causa en sesión secreta.

En virtud de lo cual, tras la votación respectiva, corresponde pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura se dará en audiencia pública, en concordancia con el artículo 431, numeral 4, del Código Procesal Penal, señalándose para el primero de junio del dos mil dieciséis.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

§. Consideraciones Preliminares

Décimo. La Fiscalía Superior impugnante considera que la sentencia de vista, materia del presente recurso de casación, que reduce la pena impuesta al procesado Geancarlos Vega Mejía, de 30 años de pena privativa de libertad a 5 años de pena privativa de libertad, vulnera el principio de legalidad de la pena, por cuanto no aplicó la pena tasada prevista en el artículo 173, inciso 2, del Código Penal, que establece un mínimo de 30 y un máximo de 35 años de pena privativa de libertad. Asimismo, aplicó la atenuante por responsabilidad restringida prevista en el artículo 22, primer párrafo, del Código Penal, a pesar de que el segundo párrafo del mismo artículo, lo prohíbe para el delito de violación de la libertad sexual; cuestionando el test de proporcionalidad efectuado por el Colegiado Superior, tanto para la inaplicación de las normas legales antes mencionadas, así como para la graduación de la pena. En este sentido, este Supremo Tribunal analizará si dicha sentencia de vista tiene legitimidad constitucional, en base a las particularidades

del caso concreto, para lo cual examinará el test de proporcionalidad realizado por la Sala Penal de Apelaciones.

Décimo primero. Es pertinente dejar sentado que el Colegiado Superior, dio por probado el supuesto de hecho (acceso carnal con una menor de 13 años de edad, previsto en el primer párrafo del artículo 173) pero no aplicó la pena privativa de libertad conminada prevista en el artículo 173.2 del Código Penal (Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años). En este sentido, la Sala Penal de Apelaciones no se ha apartado del principio de legalidad del hecho típico, por cuanto la conducta desarrollada por el procesado Vega Mejía, como es la de haber tenido acceso carnal con la agraviada, sí ha sido subsumida en el primer párrafo del mencionado tipo penal.

Décimo segundo. La Sala Penal de Apelaciones que dictó la sentencia de vista impugnada, no aplicó tanto el artículo 173, inciso 2, así como el artículo 22, segundo párrafo, del Código Penal, que se refieren a la pena aplicable para el supuesto de hecho correspondiente; es decir, se apartó del principio de legalidad de la pena. Dicho Colegiado Superior hizo uso de su facultad constitucional prevista en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución Política del Estado, que prescribe: *"En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera"*. Es decir, realizando un control de constitucionalidad de las leyes aplicables al caso concreto, consideró que dichos artículos son incompatibles con otros principios y derechos constitucionales, por lo que utilizó lo que en doctrina constitucional se conoce como el "control difuso" de las leyes; no aplicándolas solo en este caso concreto.

Control difuso de normas

Décimo tercero. A criterio de este Supremo Tribunal y compartiendo la posición del Colegiado Superior, en efecto, estamos ante la colisión del principio de legalidad, previsto en el artículo 2, inciso 24, literal d) de la Constitución Política del Estado que señala: *"Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible;* ***ni sancionado con pena no prevista en la ley"*** (el resaltado es nuestro), reflejado en el artículo 173, inciso 2, y artículo 22, segundo párrafo, del Código Penal; y los principios de proporcionalidad, previsto en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución y en el artículo VIII del Código Penal que señala: *"La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho" y* de resocialización del reo, previsto en el artículo 139, inciso 22, de la Constitución Política del Estado, así como el principio convencional de prohibición de penas (o tratos)

Conflicto entre el principio de legalidad y principio de proporcionalidad

crueles, inhumanas o degradantes, garantizado en el artículo 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH).

Décimo cuarto. La criminalización del acceso carnal con menores de 13 años de edad, busca proteger el bien jurídico denominado "indemnidad sexual"; considerando el legislador que con una pena de 30 a 35 años de prisión, prevista en el artículo 173.2 del Código Penal (principio de legalidad de la pena) se tutela de manera adecuada dicho bien jurídico; prohibiendo, además, cualquier beneficio procesal de atenuación de dicha pena, por lo que excluyó la circunstancia atenuante prevista en el artículo 22, primer párrafo, del Código Penal, para los sujetos activos que tienen una edad de entre 18 y 21 años.

Indemnidad sexual: art. 173.2 CP

Por su lado, el principio de proporcionalidad de la pena exige a los poderes públicos (Poder Legislativo, Poder Judicial y Poder Ejecutivo), como mandato obligatorio, que haya una relación entre el hecho ilícito y las consecuencias jurídicas que se imponen y que en el campo penal reclama que toda pena criminal, sea pena privativa de libertad o no, guarde relación con la gravedad del delito. El respeto al principio de proporcionalidad no solo está confiado al legislador democrático, por imperio del principio de legalidad, sino también a los jueces de la República que por expreso mandato constitucional *"Solo están sometidos a la **Constitución** y la ley"* (art. 146.1 de la Const.).

Principio de proporcionalidad

Décimo quinto. De otro lado, el principio de resocialización del penado, consagrado en el artículo 139.22 de la Constitución, exige que las penas se orienten a la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. Si bien el precepto constitucional se refiere al régimen penitenciario; sin embargo, no puede pasar desapercibido que también es un mandato dirigido al legislador penal, respecto a la creación de delitos y penas, en especial a las clases de penas y sus magnitudes, ya que solo el régimen penitenciario que cuente con penas no desocializadoras podrá alcanzar su fin resocializador. El régimen penitenciario no puede considerarse al margen del sistema penal ni de la actividad legislativa en materia penal, dado que para que haya "reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado", debe haber primero leyes que permitan y promuevan la resocialización. Sin leyes penales compatibles con el fin preventivo especial de la pena, el mandato resocializador sería una quimera. Justamente, el artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) prescribe: *"Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados"*, por lo que el mandato constitucional referido al régimen penitenciario,

Principio de resocialización

será ser interpretado sistemáticamente con este precepto convencional a fin de dotarlo de pleno sentido y valor.

Décimo sexto. El principio resocializador se complementa con el principio de prohibición de penas crueles, inhumanas y degradantes (art. 5.2 de la CADH), que se refiere tanto a la prohibición de penas que en su ejecución pueden ser crueles e inhumanas (v. gr. producto del hacinamiento carcelario, graves condiciones de insalubridad y precariedad alimentaria) como a las penas que en su configuración legislativa, ya sea por su modalidad o por su duración, sean materialmente lo mismo. Los Estados americanos, entre ellos el Perú, al momento de ratificar la CADH se han obligado voluntariamente, no solo a respetar los derechos humanos (art. I de la CADH que establece la obligación de respeto), sino a adaptar sus disposiciones internas a los derechos y principios de la CADH. Al respecto, vale recordar que el artículo 2 de la CADH prescribe que: *"Los Estados parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".*

Principio resocializador y principio de prohibición de penas crueles, inhumanas y degradantes

Décimo sétimo. El principio de proporcionalidad busca lograr una concordancia razonable entre la entidad del injusto (lesión al bien jurídico, gravedad o no de las modalidades de ataque, etc.); la culpabilidad (accesibilidad normativa, imputabilidad etc.) y la entidad de la consecuencia jurídica aplicable, incluyendo, en su ámbito de influencia, la prohibición del exceso. La proporcionalidad un equilibrio ideal o valorativo entre el delito y la pena, o de manera más amplia entre el ilícito y la sanción; la cual se asienta en una ponderación fijada por el legislador en una ley (proporcionalidad abstracta), y en la valoración que el juez realiza en el caso concreto (proporcionalidad concreta)[1]. Si bien lo proporcionalidad abstracta es *prima facie* complementaria a la proporcionalidad concreta, sin embargo, pueden ser contrapuestos en un caso concreto; bien porque el análisis del caso determine la necesidad de imponer una pena menor que la prevista por la ley, o, bien sea conveniente imponer una pena por encima del marco penal establecido en la ley; con la particularidad hermenéutica que esta última posibilidad se encuentra excluida en un Estado constitucional, por mandato del principio de legalidad penal y el principio pro homine (art. 29. a) de la CADH.

Principio de proporcionalidad

1 Castillo Alva, José Luis, *Principios de Derecho Penal Parte General*, Lima: Gaceta Jurídica, 2002, p.280.

Se reconoce que el principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho sancionador, limita el ejercicio adecuado del *ius puniendi* estatal y refuerza el principio de la proscripción de la arbitrariedad estatal.

Décimo octavo. Corresponde al legislador diseñar típicamente los comportamientos antijurídicos y la fijación de los marcos penales abstractos estipulados para cada delito en la ley Penal [criminalización primaria], mientras que la labor jurisdiccional se torna significativa y de carácter sumamente delicado, pues sobre ella recae la responsabilidad de la imposición final de la sanción punitiva [criminalización secundaria]. Los jueces penales, en sus diversas jerarquías, deben orientar su actuación funcional justamente a mantener un equilibrio óptimo entre legalidad, el respeto de los derechos fundamentales y la vigencia de los principios constitucionales, entre los que se cuenta el principio de proporcionalidad. En este sentido, el conflicto de principios constitucionales se presenta porque, a criterio de este Supremo Tribunal, la pena de 30 a 35 años de pena privativa de libertad, fijada por el legislador para proteger la "indemnidad sexual" de la menor agraviada, quien contaba al momento de los hechos con 13 años y veinticinco días de edad, (artículo 173.2 del CP); es sumamente grave y representa en su límite máximo la pena privativa de la libertad temporal más drástica de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que debe analizarse su aplicación en concordancia con los principios de proporcionalidad y resocialización.

Legislación, juez penal y principios constitucionales

Décimo noveno. Entonces, al haber surgido un conflicto entre disposiciones legales y principios constitucionales así como principios de rango convencional; estos serán objeto de ponderación. Si bien es cierto, el legislador al establecer una pena privativa de libertad tan drástica para la protección del bien jurídico "indemnidad sexual", ha intervenido en la libertad individual del sujeto activo, criminalizando su comportamiento; sin embargo, se debe analizar si existe en el caso concreto una sobrecriminalización, que redunda en una sobreprotección, en cuanto a la pena establecida para dicho bien jurídico, y si se respeta el test de proporcionalidad, con sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Conflicto entre disposiciones legales y principios constitucionales

Vigésimo. Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia dictada en el Exp. N.º 579-2008-PA/TC LAMBAYEQUE CESAR AUGUSTO BECERRA LEIVA., ha señalado en el fundamento 25 lo siguiente: "*...En cuanto al procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de proporcionalidad, hemos establecido que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar; en segundo lugar,*

superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone como hemos señalado, verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador. Se trata del análisis de relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de ponderación, según la cual "cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro".

Test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Vigésimo primero. Lo Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido en su jurisprudencia que un derecho humano puede ser restringido, siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias (sentencia del caso ARTAVIA MURILLO Y OTROS (FECUNDACIÓN IN VITRO) c. costa rica de 28 noviembre del 2012; párr. 273; FONTEVECCHIA Y D'AMICO C. ARGENTINA de 29 de noviembre del 2011; párr. 43) como también ha fijado las condiciones y requisitos que deben cumplirse al momento de regular o restringir los derechos y libertades consagrados en la Convención (sentencias de los casos kimel c. argentina, 2 de mayo del 2008, párr. 52; CASTAÑEDA GUTMAN C. MÉXICO, 6 de agosto del 2008, párr. 175). La reglamentación y limitación de los derechos humanos (v. gr. libertad personal, libertad de expresión, derecho al honor y a la intimidad, entre otros), como cualquier otra restricción de un derecho humano, e observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática (sentencias de los casos artavia murillo y otros (FECUNDACIÓN IN VITRO) C. COSTA RICA de 28 noviembre del 2012; párr. 273; PÁRR. 43; MÉMOLI C. ARGENTINA de 22 de agosto del 2013; párr. 127; TRISTÁN DONOSO C. PANAMÁ, sentencia de 27 de enero del 2009: párr. 76]. En consecuencia, la falta de cumplimiento de alguno de dichos requisitos implica que la medida es contraria a la Convención (TRISTÁN DONOSO C. PANAMÁ sentencia del caso, sentencia de 27 de enero del 2009: párr. 76)

La restricción de un derecho humano en la jurisprudencia de la CIDH

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la restricción (de un derecho humano) debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo (sentencia del caso YATAMA C. NICARAGUA, 23 de junio del 2005, párr. 206). Dicha Corte ha sostenido, además, que entre varias opciones

para alcanzar el interés público imperativo, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención, las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho en cuestión [La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre del 1985. Serie A N.º 5, PÁRR. 46].

Vigésimo segundo. Ahora bien, teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional y analizado el test de proporcionalidad correspondiente; sobre la idoneidad de la tipificación del delito de violación sexual presunta, en agravio de menores de 13 años de edad, en el artículo 173, inciso 2 del Código Penal, y la imposición de pena privativa de libertad para sus autores o partícipes; consideramos que es un medio idóneo para lograr la protección de la indemnidad sexual de los menores involucrados como víctimas. La indemnidad sexual consiste en "la tutela del desarrollo y formación sexual del menor, pero solo de quienes tienen menos de catorce años" (R.N.N.º 1915-2013-LIMA del 9 de diciembre del 2014). Al respecto, el Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil ocho/ CJ-ciento dieciséis, ha señalado que "debe entenderse como indemnidad sexual la preservación de la sexualidad de una persona cuando no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual; habiéndose establecido que los adolescentes de catorce años de edad sí tienen esa capacidad para autodeterminarse y dirigir sus decisiones en lo relativo a su vida sexual, quedando, por ende, el Estado privado de criminalizar aquellas conductas, en las que una persona adulta mantiene relaciones sexuales voluntarias con menores cuyas edades oscilan entre catorce a dieciocho años".

Sobre la idoneidad en la tipificación del delito de violación sexual presunta en agravio de menor de 13 años: 173.2 CP

Vigésimo tercero. Sin embargo, este Supremo Tribunal estima, respecto al subprincipio de necesidad, que la imposición de 30 a 35 años de pena privativa de libertad al autor o partícipe de la violación sexual de un menor de 13 años de edad, (la agraviada tenía trece años y veinticinco días de edad), no es un medio necesario o indispensable para lograr la protección efectiva del bien jurídico "indemnidad sexual", por cuanto existen otras medidas alternativas, igualmente eficaces, de penas menores de privación de la libertad que pueden permitir alcanzar el mismo objetivo. En la vida real, no se ha acreditado que la pena de 30 a 35 años de cárcel, pena prevista en el artículo 173.2 del CP, sea una pena necesaria e indispensable para alcanzar el objetivo de proteger el bien

Subprincipio de necesidad: art. 173.2 CP

jurídico "indemnidad sexual", tanto desde la perspectiva del principio de proporcionalidad de base constitucional (art. 200 de la Constitución) como de su fundamento convencional (art. 30 de la CADH).

Inidoneidad de la pena

En efecto, si bien es cierto la pena de privación de la libertad individual del sujeto activo, es idónea para proteger el bien jurídico: indemnidad sexual de los menores de 13 años de edad; sin embargo, la magnitud y dosis de la pena de 30 a 35 años no es necesaria e indispensable para proteger el bien jurídico de manera legítima. Lo que es idóneo en abstracto no siempre es necesario ni proporcional en concreto. En consecuencia la pena draconiana establecida por el tipo penal no supera el subprincipio de necesidad.

Ilogicidad en el *quatum* de la pena

En este extremo cabe mencionar la ilógica del legislador, cuando al regular la pena para el delito de homicidio, previsto en el artículo 106 del Código Penal, establece una pena de 6 a 20 años de pena privativa de libertad. Es decir, considera que solo entre 6 y 20 años es necesario privar la libertad de un homicida, para satisfacer el bien jurídico vida que protege dicho tipo penal. Entonces, para proteger otros bienes jurídicos de menor rango que la vida humana, no se explica cómo es que se requiere de una pena mayor.

Subprincipio de proporcionalidad: art. 173.2 CP

Vigésimo cuarto. En cuanto al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto; si bien es cierto, el segundo paso del test de proporcionalidad (necesidad) no se cumple en el caso concreto, por lo que carecería de objeto analizar el tercer y último paso del mencionado test; sin embargo, consideramos que es importante analizar este extremo por cuanto se trata de establecer, si la pena impuesta por el Juzgado Penal Colegiado, de 30 años de pena privativa de libertad, es excesiva y vulneradora de la libertad personal del procesado; y si la pena de 5 años de prisión impuesta por la Sala Penal de Apelaciones, resulta adecuada al hecho punible, de cara al principio de proporcionalidad.

Ley de ponderación

Vigésimo quinto. Ahora bien, para establecer el peso o importancia de los principios constitucionales en conflicto, debe seguirse a la ley de la ponderación; en este sentido decimos *"Cuanto mayor sea la afectación en el ámbito del derecho a la dignidad y libertad personal del imputado, mayor debe ser el grado de satisfacción o cumplimiento de los objetivos constitucionales que persigue la ley, en favor de la indemnidad sexual de los menores de 13 años de edad"*.

Vigésimo sexto. Para medir los grados de afectación y los niveles de satisfacción que persigue el artículo 173.2 del Código Penal, hay que valorar las intensidades, estableciendo una escala triádica (Sentencia del Tribunal Constitucional ya acotada, fundamento 31) catalogándose

como grave, medio o leve. Cuando es posible establecer, de manera racional, que una medida de restricción de baja o leve intensidad, logra niveles de satisfacción altos o elevados, la conclusión que resulta es que el medio empleado (ley), ha pasado el test de proporcionalidad y debe considerarse que estamos ante una restricción legítima, desde la perspectiva constitucional (fundamento 34 de la Sentencia citada). *Contrario sensu*, si la afectación a un derecho fundamental es grave y el nivel de satisfacción que se logra es medio o leve, entonces, la ley no habría pasado dicho test de proporcionalidad.

Niveles

Vigésimo sétimo. En el caso de autos, este Supremo Tribunal considera que la imposición de una pena de 30 a 35 años de pena privativa de libertad, que se impondría al procesado Vega Mejía (de 19 años de edad) como autor del delito de violación sexual de menores de 13 años y veinticinco días de edad; es una intervención de intensidad grave sobre la dignidad y libertad personal del imputado, como ya se ha anotado; y el nivel de satisfacción que se logra con esta medida, sobre la protección del bien jurídico protegido de la menor agraviada; consideramos que es de grado medio. En efecto, las penas elevadas y sumamente drásticas para los de acceso carnal con menores de 13 años, que han prestado su consentimiento, no han evitado el incremento de estos hechos delictivos, y no registran eficacia compatible con los fines de la pena en un Estado democrático, como es la prevención general negativa; sobre todo cuanto hay otras medidas menos perjudiciales o gravosas (penas menos graves) que podrían lograr los objetivos constitucionales que persigue la ley (artículo 173.2 del Código Penal).

Indemnidad sexual

Vigésimo octavo. En el mismo sentido, la prohibición de disminuir la pena para los sujetos activos de responsabilidad restringida, como los jóvenes de 18 a 21 años de edad, establecida por el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, tampoco pasa el test de proporcionalidad, por cuanto para proteger el bien jurídico "indemnidad sexual", no es necesario proscribir la aplicación de esta circunstancia atenuante. La exclusión de la facultad del juez para poder atenuar la pena en los delitos sexuales cometidos por jóvenes de responsabilidad restringida, no es idónea ni necesaria para combatir este tipo de delitos. Si ya la aplicación de penas altas constituye un problema acerca de la legitimidad constitucional de las normas penales, en orden a los fines constitucionales de la pena; entonces, la exclusión de la atenuante por imputabilidad disminuida deviene en una medida arbitraria y no resulta idónea para alcanzar el objetivo deseado: lucha eficaz contra la criminalidad y mantener los índices.

Prohibición de disminuir la pena

Vigésimo noveno. No hay estudios criminológicos, científicos, psicológicos, o de otro orden técnico, que permitan sostener de manera razonable y válida que prohibiendo la atenuación de la pena a los imputados de 19 años de edad, que tuvieron acceso carnal con menores de 13 años (el imputado tenía 19 años); se reducirán los índices de este tipo de delitos. Por el contrario, esta prohibición, fomento la marginación, la exclusión social y quebranta el principio contenido en el artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos que prescribe: "*Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenado*".

Crítica a la prohibición de atenuación de la pena

Trigésimo. De otro lado, la aplicación de una pena de 30 años de pena privativa de libertad que le impuso el Juzgado Penal Colegiado, al imputado Vega Mejía, quien contaba con 19 años de edad, por haber mantenido una relación sexual, lograda sin violencia e instrumentalización de la víctima por haber tenido una relación afectiva previa, y cuya diferencia de edades no era significativa; contraviene también el principio de resocialización, consagrado en el artículo 139.22 de la Constitución y el artículo 5.6 de la CADH; por cuanto dada la magnitud y drasticidad de la pena y la prohibición de beneficios penitenciarios, constituye una pena altamente lesiva, que lejos de colaborar en la reintegración social del reo, neutraliza cualquier intento de reincorporar al condenado a la sociedad democrática.

Contravención al principio de resocialización del art. 173.2 CP

Trigésimo primero: Por mandato constitucional (art. 139.22) y convencional (art. 5.6) toda pena debe promover la resocialización del reo, tanto en la faceta legislativa, en el campo judicial, como en el ámbito de la ejecución penal. Con ello, no es que se pretenda firmar que el único fin legítimo de la pena sea la resocialización, sino que dicho fin se presenta como un objetivo irrenunciable de la pena, cualquiera que sea su clase, que obliga a todos los poderes públicos y que un Estado social y democrático, como el peruano, debe cumplir (art. 43 de la Constitución); en particular, en el diseño de toda político criminal y la configuración de las clases y magnitudes de penas.

Toda pena debe promover la resocialización

Trigésimo segundo. Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que: "La disposición constitucional, no por su condición de principio carece de eficacia, ya que comporta un mandato expreso de actuación dirigido a todos los poderes públicos comprometidos con la ejecución de la pena y, singularmente, al legislador, ya sea en el momento de regular las condiciones de ejecución de las penas o en el de establecer

el *quantum* de ellas[2], y que los jueces pueden aplicar para sancionar la comisión de determinados delitos. Desde esa perspectiva, el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución constituye un límite al legislador, que incide en su libertad para configurar el *quantum* de la pena. En efecto, cualquiera sea la regulación de ese *quantum o* de las condiciones en las que la pena se ha de cumplir; ella debe necesariamente configurarse en armonía con las exigencias de "reeducación", "rehabilitación" y "reincorporación" del penado a la sociedad. De estas, se deriva la obligación del legislador de prever una fecha de culminación de la pena, de manera tal que permita que el penado pueda reincorporarse a la vida comunitaria. Si bien el legislador cuenta con una amplia libertad para configurar los alcances de la pena, sin embargo, tal libertad tiene un límite de orden temporal, directamente relacionado con la exigencia constitucional de que el do se reincorpore a la sociedad"[3].

Fin de la reincorporación a la sociedad del sentenciado

Trigésimo tercero. Por ello, este Supremo Tribunal considera que ninguna pena, sobre todo cuando se trate de penas privativas de la libertad, puede sacrificar y obviar en su aplicación el mandato resocializador, que como principio constitucional y como compromiso convencional obligatorio ha contraído el Perú; hacerlo, no solo supone incurrir en desacato constitucional, sino en desafiar las obligaciones internacionales adquiridas por el Perú al suscribir diversos Tratados de Derechos Humanos, exponiendo al Estado a una eventual responsabilidad política por violación de derechos humanos.

La resocialización como principio constitucional

De igual modo, solo en la medida en que se cumpla y respete el principio resocializador, junto a los demás fines de la pena; es posible evitar una violación al principio que prohíbe instaurar en un Estado Constitucional, penas crueles e inhumanas (artículo 5.2 de la CADH) que es una expresión indiscutible del respeto al principio de dignidad de la persona humana, contenida en el artículo I de nuestra Carta Fundamental.

Prohibición constitucional de penas crueles e inhumanas

§. Pronunciamiento casatorio

Trigésimo cuarto. La sentencia de vista impugnada arribó a una conclusión condenatoria; esta decisión es incuestionable para este Supremo Tribunal. Ciertamente, se cometió un delito contra la libertad sexual. Rige, en lo particular, el principio de intangibilidad de los

2 Exp. N.° 7730-2005-PHC/TC; CASO: WILMER GONZALES IZUISA; EXP.N.° 7724-2005-PHC/TC; CASO: NICOLÁS MARTÍN VALQUI CAHUAZA.

3 EXP. N.° 803-2003-HC/TC; CASO: PEDRO FELIPE CUBA RAMIREZ O SALVDOR MAMANI QUISPE.

hechos, por lo que solo se examinará si el fallo infringe o transgrede la Constitución o la ley; es decir, a la *quaestio iurís*[4], no siendo procesal sustituir en la valoración de la prueba, al Tribunal de apelación, a efectos de dictar un fallo sustitutivo. El fundamento del fallo impugnado, reside en la protección legal del bien jurídico *"indemnidad sexual"*, entendido como la preservación de la sexualidad de una persona, cuando no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual, y que corresponde a los menores de menos de 14 años de edad; a diferencia del bien jurídico "libertad sexual", que corresponde a los adolescentes y mayores de edad, que superan los 14 años de edad; los mismos que tienen capacidad jurídica para disponer libremente de su sexualidad.

Libertad sexual e indemnidad sexual

Trigésimo quinto. En efecto, la conducta del procesado Geancarlos Vega Mejía, constituye un hecho típico, antijurídico y culpable, por cuanto realizó los elementos objetivos y subjetivos del ilícito imputado; vulnerando la indemnidad sexual de la menor identificada con las iniciales C.B.Y.B. Por lo tanto, es correcta su declaración de responsabilidad penal y de condena. No converge, a su favor, la presencia de alguna clase de error—de tipo o de prohibición—, a fin de negar la imputación subjetiva o la antijuridicidad de su conducta, consolidándose la posición judicial adoptada. En consecuencia, la pretensión impugnativa, debe ser resuelta bajo un esquema adecuado de determinación legal y judicial de la pena. Al respecto, es preciso señalar que la pena tiene como sustento normativo, tanto el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal—la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho—,como los artículos 45 y 46 del citado Código Sustantivo. Además, engloba dos etapas secuenciales marcadamente definidas; la primera, denominada **"Determinación legal"**, y la segunda, rotulada como **"Determinación judicial"**. En esta última fase, concierne realizar un juicio ponderativo sobre la presencia de circunstancias agravantes, atenuantes y/o cualquier otra causal de reducción o disminución punitiva.

Determinación legal y judicial

Trigésimo sexto. En este tópico, se aplicaría la pena conminada prevista para el delito de violación sexual presunta, que de acuerdo al artículo 173, numeral 2, del Código Penal —en su formulación vigente en la época de los hechos, según Ley N.º 28704, del cinco de abril del dos mil seis —, sería no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años de pena privativa de libertad; sin embargo, al haberse inaplicado dicha norma sustantiva al caso de autos (en cuanto a la pena tasada),

4 SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal. Lecciones*, Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, 2015, p.715.

acudiremos a la norma general que regula la pena privativa de libertad (artículo 29 del CP), como veremos más adelante. No concordamos, al respecto, con el argumento del Colegiado Superior de acudir a otro tipo penal, como el homicidio simple (artículo 10 del CP), para tener como referencia su marco punitivo (de 6 a 20 años de pena privativa de libertad), por cuanto se vulneraría el principio de legalidad de la pena de cada figura delictiva en particular. No es compatible con la Constitución (art. 2, inciso 24, literal d) y la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 9) imponer una pena que corresponde a otro tipo penal, distinto del que fue materia de condena. Finalmente, usar una pena conminada de otro tipo penal distinto del que es materia de la acusación, vulnera el principio de proscripción de la analogía de la ley penal.

Incongruencia al comparar márgenes punitivos de diferentes tipos penal con el art. 173.2 CP

Trigésimo sétimo. En esta fase, el juez competente determinará la pena concreta que en justicia y en derecho le corresponde al infractor de la ley. Se trata de alcanzar la pena justa que debe imponerse al imputado, diferenciándose caso por caso. En cuanto a la dosificación de la pena, es decir, para fijar el *quantum*; además del marco legal punitivo, se tendrá en cuenta los elementos y factores señalados en el artículo 45 del Código Penal —texto original—, entre los que se encuentran las carencias sociales que hubiere sufrido el acusado, y el nivel de su cultura y costumbres —en el caso de autos el acusado tiene de instrucción: segundo año de secundaria, ocupación: ayudante de construcción—. Asimismo, se examinará si existen otras circunstancias atenuantes genéricas o específicas. Una atenuante específica es la responsabilidad restringida que establece el artículo 22, primer párrafo, del Código Penal, que faculta al juzgador aplicar una pena atenuada respecto del que le correspondería a un sujeto activo mayor de 21 años de edad.

Determinación sexual de la pena: Criterio a evaluar

Trigésimo octavo. En el caso de autos, la Sala Penal de Apelaciones impuso al procesado la pena concreta de 5 años de pena privativa de libertad efectiva, basado en el principio de proporcionalidad de la pena (artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal) y la atenuante por responsabilidad restringida; en este último caso, inaplicó la prohibición contenida en el segundo párrafo del referido artículo 22 del Código Penal, que excluye del beneficio a los procesados por delito de violación de la libertad sexual. Para ello se valió de la facultad constitucional de los jueces para ejercer el "control difuso" de las leyes, cuando éstas son incompatibles con la Constitución Política del Estado.

Control difuso de leyes por la Sala de Apelaciones

Trigésimo noveno. El principio constitucional de proporcionalidad concreta y la atenuante por responsabilidad restringida, sirvieron para imponer una pena atenuada, muy por debajo de la pena tasada prevista

en el artículo 173.2 del Código Penal; priorizándose tal principio sobre el de legalidad de la pena, para lo cual realizó el test proporcionalidad. Al respecto, se evaluaron los tres subprincipios: de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto [ponderación].

Principio de proporcionalidad concreta y responsabilidad restringida

Sobre lo prohibición de aplicar la atenuante por responsabilidad restringida, prevista en el artículo 22, segundo párrafo, del Código Penal; efectuaremos el siguiente examen de proporcionalidad:

I. Examen de Idoneidad.- Un enunciado normativo siempre conlleva a una finalidad. Tratándose de normas penales, el fin último recae, indudablemente, en la prevención del delito y la protección de bienes jurídicos. La medición de la pena, en un modelo de Estado social y democrático de derecho, debe contemplar, mínimamente, garantías de legalidad, lesividad, intervención mínima, culpabilidad y resocialización. Por esta razón, es necesario preguntarse ¿Es idóneo y hay una relación entre la exclusión del beneficio de reducción punitiva y la finalidad preventiva de evitar la comisión futura de esta clase de delitos? A tal efecto, es preciso diferenciar dos aspectos relevantes. Uno, es el relativo al marco punitivo que la ley prevé para sancionar esta clase de delitos, respecto del cual, no es posible desconocer su idoneidad en sentido abstracto. Y otro, concerniente a la posible aplicación de alguna atenuante excepcional prevista en la ley, siempre que el caso lo amerite. Superado este aspecto, es preciso significar que la experiencia judicial consolidada da cuenta que, aún cuando se hayan incorporado normas sustantivas o procesales que engloben restricciones en cuanto a la aplicación de ciertos beneficios —generalmente enfocados en reducciones punitivas, sin afectar la pena básica del delito—, no siempre se ha logrado persuadir a los gentes delictivos de perpetrar nuevos delitos sexuales. En consecuencia, la medida legislativa de prohibir la aplicación de la atenuante de imputabilidad disminuida, en rigor, no es útil y conducente a la finalidad perseguida de prevenir delitos mediante la protección de bienes jurídicos. No existe evidencia de que el medio escogido para brindar protección a las víctimas de agresiones sexuales, tuviera una idoneidad y efectividad tal, que justificara la instauración de la medida prohibitiva inequitativa y contraria a los alcances del principio de igualdad. Por lo tanto, la prohibición de aplicar tal atenuación no necesariamente logra la efectiva protección del bien jurídico tutelado [indemnidad sexual] ni cumple con el fin de la pena, que es prevenir la comisión de delitos.

Examen de idoneidad

II. Examen de Necesidad.- Sobre el particular, dos aspectos son claves de analizarse bajo este sub principio: **i)** Si existen medios alternativos igualmente idóneos para cumplir el objetivo de protección a las

víctimas de delitos sexuales; y ii) Si tales medios no afectan el principio de igualdad, o de hacerlo, la afectación es de menor intensidad. El ordenamiento jurídico penal, conforme a su diseño, puede utilizar el recurso de las penas para prevenir la comisión de delitos pero dicho empleo —en especial cuando se trata de penas privativas de la libertad— debe ser excepcional y utilizarse en los casos absolutamente necesarios.

La exigencia de necesidad de la pena, no se limita a preguntar en el caso concreto, a si debe utilizarse la pena privativa de la libertad, sino también a determinar si el *quantum* o determinada dosis de pena, es necesaria e indispensable para prevenir y evitar la comisión de delitos. La afectación intensa de la libertad personal por parte del legislador, debe estar compensada por la protección efectiva del bien jurídico dentro os límites necesarios.

Examen de necesidad

El empleo de la pena privativa de la libertad en un caso, como presente, de abuso sexual de una menor de trece años y veinticinco días de edad, se encuentra justificada; empero la aplicación de una pena de 30 años de pena privativa de libertad se revela como absolutamente innecesaria para la protección del bien jurídico: indemnidad sexual. El hecho de que el empleo de dicha pena se presente como necesaria, no quiere decir que la dosis de pena prevista en la ley se presente también como necesaria.

III. Examen de Proporcionalidad en sentido estricto.- La idea central de la proporcionalidad es definir el ámbito de influencia de la intervención punitiva del Estado y del derecho a la igualdad de toda persona, que goza de reconocimiento constitucional, por su condición de ser humano. Estamos frente a la colisión de dos principios, que debe ser resuelta mediante una ponderación de los intereses contrapuestos, orientada a establecer cuál de los intereses, que tienen el mismo peso en abstracto, posee mayor peso en el caso concreto[5]. Son dos valores antagónicos, pues, de un lado, se procura la aplicación estricta del principio de legalidad [proscripción de aminoración punitiva], y de otro lado, se vela por el respeto a la dignidad y libertad del imputado.

Examen de proporcionalidad en sentido estricto

Ambos principios conducen a juicios jurídicos diametralmente contradictorios. Evidentemente, conforme al tratamiento acotado, en el caso de autos, deben prevalecer los intereses concernientes a la dignidad de la persona humana en la determinación de la pena, conteniendo un "peso" esencialmente mayor que aquél interés orientado a preservar a aplicación rigurosa de la ley penal, tanto en su marco abstracto como en el empleo de la aplicación de una atenuante especial. La tesis adquiere

5 Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales., 2008, p.72.

Principio-derecho de igualdad

relevancia bajo la consideración de un factor adicional: El respeto al principio-derecho de igualdad. El Tribunal Constitucional[6] ha afirmado que la igualdad detenta la doble condición de principio y derecho fundamental. En cuanto al principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico.

Derecho a la igualdad

En cuanto al derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras ("motivo de cualquier otra índole") que, jurídicamente, resulten relevantes. Asimismo, es importante la influencia de otros aspectos con la misma solvencia normativa, entre ellos, la reinserción o reincorporación social de los condenados.

Política criminal

Justamente, la política criminal ha sido instituida como instrumento de medición para configurar medidas restrictivas a la libertad de los agentes delictivos, siempre enmarcadas en una línea de respeto por la dignidad humana. Este es el pilar sobre el que se funda todo Estado democrático y social de derecho. La delincuencia en cualquiera de sus formas genera dañosidad social. El ataque a los diversos bienes jurídicos puede contener diversos grados de intensidad, significándose que no todas las acciones punibles representan una grave afectación. En virtud de ello, en el ámbito de la ponderación de principios, la legalidad, en el caso de autos, no precede a la proporcionalidad, sino a la inversa.

Cuadragésimo. Sobre lo responsabilidad restringida por razón de la edad, en los delitos sexuales, este Supremo Tribunal ha emitido jurisprudencia solventando la aplicación de tal reducción punitiva. Es preciso destacar, entre otros, **i)** La sentencia dictada en el recurso de nulidad N.º 3287-2013/CAJAMARCA, de fecha diecisiete de junio del dos mil catorce, donde se señala que la proscripción de tal atenuación, colisiona con la garantía constitucional de igualdad jurídica, prevista en el artículo 2, numeral 2, de la Constitución Política del Estado, toda vez que "[..] *el tratamiento especial que implica la denominada "responsabilidad restringida" se basa en la condición personal del procesado, ubicándose en la teoría del delito en la llamada "capacidad de culpabilidad", sin que sea relevante la antijuricidad, es decir, el contenido del injusto penal, por lo que*

6 STC número 045-2004-PI/TC.

resulta evidente introducir una excepción a la aplicación de esa diferencia de trato — propia de individuos objetivamente diferentes por su situación personal—fundada en un criterio de diferenciación por la naturaleza del delito, deviene en arbitraria, discriminatoria e inconstitucional [...]" [fundamento jurídico décimo segundo]; y, ii) La sentencia dictada en el recurso de casación N.º 403-2012/LAMBAYEQUE, de fecha dieciocho de julio del dos mil trece, que avalando un supuesto táctico similar, justificó la reducción punitiva, rebajando la pena impuesta de 30 años a 10 años de pena privativa de libertad, considerando como circunstancias razonables las condiciones personales del agente (incluida su edad: veintiún años), la extracción campesina, educación primaria, ausencia de antecedentes penales, la aceptación de las prácticas sexuales, poniendo de relieve la relación sentimental mantenida con la agraviada, y la extensión mínima del daño o peligro causado; todo lo cual, sirvió de sustento para justificar dicho o judicial.

Responsabilidad restringida por razón de edad en la jurisprudencia de la Corte Superior

Cuadragésimo primero. En este sentido, teniendo en consideración la línea jurisprudencial establecida por este Supremo Tribunal, es evidente que en el caso analizado, resulta adecuado, proporcional, y esencialmente igualitario, la aplicación de la circunstancia atenuante de la pena prevista en el primer párrafo del artículo 22 del Código Penal, a todo agente de 18 a 21 años de edad que cometa delito de violación sexual; por lo que la inaplicación de la prohibición contemplada en el segundo párrafo de dicha norma, en la sentencia impugnada, haciendo "control difuso" se encuentra arreglada a la Constitución (artículo 138); debiendo ser aprobada. A mayor abundamiento, en el Acuerdo Plenario N.º 04-2008/CJ-116, se establece, de manera expresa, la posibilidad de que los jueces apliquen control difuso respecto de la prohibición de la responsabilidad restringida, en caso se advierta un tratamiento diferenciado. Es de enfatizar que su aplicación se encuentra recogida como una facultad, mas no tiene un carácter imperativo, según los términos del acotado Acuerdo Plenario, que establece: *"Los jueces penales* [...] *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"* [fundamento jurídico décimo primero].

Inaplicación del 2.do párrafo del art. 22 CP por control difuso

Cuadragésimo segundo. Es importante precisar que el "control difuso" de la ley, se ejerce en cada caso concreto, respecto del cual de valorarse la situación específica, esto es, si la aplicación de una norma legal en particular colisiona con la Constitución Política del Estado. En el caso

Control difuso

de autos, el artículo 22; primer párrafo, del Código Penal, siendo una disposición general, debe aplicarse a todos los imputados y no solo para algunos; de no hacerlo, se afecta el principio-derecho de igualdad garantizado por el artículo 2, inciso 2, de nuestra Constitución.

Efecto del control difuso en el 2do párrafo del art. 22 CP

Más aún, cuando el Tribunal Constitucional[7], ha preservado la facultad del Juez para reducir, prudencialmente, la pena que alcanza la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal. Teniendo en cuenta ello, resulta válido recurrir en este caso concreto a la responsabilidad restringida para la determinación judicial de la pena; por lo que el control difuso de la ley penal realizado por el Colegiado Superior se ha legitimado.

Factores a ponderar en aras de realizar el criterio de proporcionalidad

Cuadragésimo tercero. Ahora bien, el siguiente paso será determinar el *quantum* de la pena aplicable al caso de autos. La proporcionalidad no responde a un criterio rígido o a una referencia genérica de este principio. En este sentido, en aras de realizar el control de proporcionalidad de dicha atenuación, debe ponderarse los siguientes factores que fluyen del análisis del caso materia del presente recurso, siendo los siguientes:

A. AUSENCIA DE VIOLENCIA O AMENAZA PARA ACCEDER AL ACTO SEXUAL

De acuerdo a la sentencia de primera instancia, confirmada por la de vista, en las relaciones sexuales entre el sentenciado y la agraviada medió consentimiento; sin uso de violencia ni amenaza para doblegar la voluntad de la víctima, tampoco hubo engaño. Si bien es cierto, por la edad de la menor agraviada, trece años y veinticinco días de edad, tal consentimiento resultó irrelevante para negar la atipicidad del hecho; sin embargo, no puede soslayarse que, conforme a la determinación táctica acotada, en relaciones sexuales no medió violencia física o amenaza. No se trató de un ataque violento al bien jurídico, menos se vejó, maltrató o se dio un trato indigno a la víctima, que hubiera merecido la elevación de la antijuridicidad de la conducta.

B. PROXIMIDAD DE LA EDAD DEL SUJETO PASIVO A LOS CATORCE AÑOS

La menor agraviada, en la fecha en que tuvo acceso carnal con el procesado, tenía trece años y veinticinco días de edad, y, ya había tenido una relación sexual anterior con el mismo imputado, la cual, según indica, fue con su "consentimiento". No se discute en este proceso la protección legislativa a la "indemnidad sexual". Únicamente se destaca

7 STC número 751-2010-PHC/TC, de fecha 15 de junio del 2010, FJ cuarto.

un dato de la realidad en el caso analizado. La proximidad a la edad de catorce años de la víctima es un elemento a tenerse en cuenta para la graduación de la pena, por cuanto linda con el consentimiento válido del sujeto pasivo, que se produce a partir de los catorce años de edad. Por lo tanto, no es racional la pretensión de sancionar a un agente que haya tenido relaciones sexuales con una menor de edad cercana a los catorce años, con una pena mínima severa de treinta años de prisión, sin la posibilidad de atenuar dicha sanción. De haber tenido la agraviada 14 años de edad, el imputado habría sido absuelto. En este extremo, resulta trascendente citar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, mediante sentencia número 00008-2012-PI/TC, del doce de diciembre del dos mil doce, declarando la inconstitucionalidad del numeral 3 del artículo 173 del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704, del trece de marzo del dos mil seis, por considerar, entre otros fundamentos, que dicho precepto legal "[...] ha intervenido injustificadamente en el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de 14 años a menos de 18, por lo que resulta incompatible con la Constitución" —fundamento jurídico quincuagésimo primero—. Está claro que, en clave constitucional, se ha reconocido la prerrogativa de disponer libremente de su sexualidad a aquellos menores cuyas edades fluctúan entre los catorce y dieciocho años. La determinación del rango etáreo de disposición sexual estuvo justificado a partir de criterios ponderativos, entre el derecho a la indemnidad sexual de los adolescentes —con edades entre catorce y dieciocho años—, y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, habiendo prevalecido este último respecto del primero. En consecuencia, cuanto mayor sea el acercamiento a la edad de los catorce años, la que detentaba la agraviada al momento de los hechos, mayor será la atenuación de la pena, en el caso de sujetos activos con responsabilidad restringida que tengan entre 18 y 21 años de edad.

C. AFECTACIÓN PSICOLÓGICA MÍNIMA DE LA VÍCTIMA

Indicadores de estresor de tipo sexual

Evidentemente, al existir consentimiento, aun cuando sea presunto, no es razonable concluir que la relación sexual ha generado daño o perjuicio psicológico irreparable al sujeto pasivo. En el caso de autos, se destaca la presencia de "indicadores de estresor de tipo sexual", según el Protocolo de Pericia Psicológica N.º 001484-2013-PSC, de fojas ciento cuarenta y ocho. Al respecto, en la audiencia de juzgamiento, la perito Katia Consuelo Ramírez García ratificó sus conclusiones, e indicó, básicamente, que la agraviada sintió vergüenza cuando relató las circunstancias del acto sexual, precisando que la "ruborización" es uno de los indicadores del estresor sexual. Este indicador, a criterio de este Supremo Tribunal, viste gravedad, precisamente porque el acto sexual

fue consentido. La atenuación de la pena solo será posible en ellos casos en que el daño psicológico no se compruebe, o el mismo sea mínimo, o de entidad no relevante. Contrario sensu, en aquellos supuestos en los que la afectación emocional haya revestido características de intensidad suficiente, no resulta posible su ponderación para rebajar la pena.

D. DIFERENCIA ETÁREA ENTRE EL SUJETO ACTIVO Y PASIVO

Un factor importante, a los efectos de la graduación de la pena, a criterio de este Supremo Tribunal, es la diferencia entre las edades del sujeto activo y el sujeto pasivo. En el caso de autos, la agraviada contaba con trece años y veinticinco días de edad, mientras que el procesado tenía 19 años de edad; existiendo por tanto una diferencia de 6 años. Esto explica la ausencia de una circunstancia de prevalimento o de abuso de una posición de poder para consumar el acto sexual. En este sentido, cuanto menos sea la diferencia de edades entre el sujeto pasivo y activo, en los delitos sexuales cometidos por sujetos de responsabilidad restringida (18 a 21 años) mayor será la posibilidad de tomar en cuenta dicha circunstancia, como factor de atenuación de la pena. En el caso de autos, al haber una cercanía y proximidad entre las edades del autor del hecho y la víctima, máxime si la relación se desarrolló de manera espontánea; no era proporcional agravar la pena e imponer una condena de 30 años de prisión al imputado, tal como ocurrió con la sentencia de primera instancia.

Cuadragésimo cuarto: En consecuencia, siendo el artículo 173.2 del Código Penal (en cuanto a la pena conminada) y el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal (en cuanto a la prohibición de atenuantes para el delito de violación sexual), incompatibles con la Constitución, por colisionar con los principios de proporcionalidad y de resocialización del penado, así como con la dignidad del imputado; la inaplicación efectuada por la Sala Penal de Apelaciones, en este caso concreto, se encuentra ajustada a la Constitución, mereciendo ser aprobado; por lo que los agravios formulados por la fiscal superior casacionista no son de recibo, máxime si su superior jerárquico (fiscal supremo) ha opinado que el control difuso realizado por el Colegiado Superior se encuentra arreglada a la Constitución.

Arts. 173.2 y 2do párrafo del 22 CP : incompatibles con la Constitución

Cuadragésimo quinto. Finalmente, para la imposición de la pena concreta y justa al imputado, debe cumplirse con el principio constitucional de que nadie puede ser sancionado con pena no prevista en la ley; por lo que al no aplicarse al caso de autos, la pena conminada prevista en el artículo 173.2 del Código Penal, nos encontraríamos sin

ley penal que nos sirva de parámetro o pena conminada constitucional, para regular el quantum de la misma. Al respecto, este Supremo Tribunal considera que cuando se inaplica, por "control difuso", la pena conminada prevista en el artículo 173.2 del Código Penal, el juez penal debe acudir a la norma general prevista en el artículo 29 del Código acotado, que establece la pena privativa de libertad temporal, y que tiene una duración mínima de dos días y una máxima de 35 años. Es sobre este marco general el contexto en que el juez penal puede individualizar judicialmente la pena a aplicar en un caso concreto. En este extremo, no concordamos con el criterio esgrimido por el Ad quo que, en los fundamentos 31 y 32 de la sentencia de vista, toma como referencia para la graduación de la pena, la pena conminada del delito de homicidio, previsto y penado en el artículo 106 del Código Penal. No se puede aplicar la pena de este delito por cuanto vulneraría el principio de legalidad de la pena, no solo porque tipifica otro supuesto de hecho, distinto del delito de violación sexual de menor edad, sino además porque trasgrede el principio de proscripción de la analogía de la ley penal. Entonces, lo más razonable y prudente es acudir a la norma general que regula la pena privativa de libertad, para toda clase de delitos. Este criterio debe tener alcance general por cuanto será una herramienta eficaz para generar seguridad jurídica y preservar los principios constitucionales que garantizan un debido proceso, por lo que constituye doctrina jurisprudencial de carácter vinculante; al igual que los fundamentos jurídicos cuadragésimo segundo y cuadragésimo tercero.

Para inaplicar la pena abstracta del art. 173 CP por control difuso se debe recurrir al art. 29 CP

Cuadragésimo Sexto. En cuanto al pedido del señor fiscal supremo, quien en su escrito de fecha 17 de mayo del año en curso, solicita el incremento de la pena impuesta al procesado Vega Mejía, de cinco a ocho años de pena privativa de libertad; este Supremo Tribunal considera que los tres años adicionales que solicita el Ministerio Público, en este caso concreto, en nada contribuirá a lograr los objetivos constitucionales que se persigue con las penas drásticas a los autores o partícipes del delito de violación sexual de adolescentes de 13 años de edad; con mayor razón en el caso del procesado Vega Mejía, quien tiene responsabilidad restringida. Un año y días antes de los hechos, este último, hubiera sido inimputable, por lo que con cinco años de prisión efectiva, con ingreso a un Establecimiento Penitenciario, tal como ha sancionado la Sala Penal de Apelaciones, puede lograrse satisfacer la protección de la indemnidad sexual de la agraviada.

Incremento solicitado de pena no contribuye a alcanzar los objetivos constitucionales

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la señora Fiscal Superior de la Tercera Fiscalía Superior Penal de Apelaciones del distrito fiscal Del Santa, contra la sentencia de vista de fojas doscientos noventa y uno, del diecinueve de marzo del dos mil quince, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia Del Santa, en los extremos que revocó la sentencia de primera instancia de fojas ciento ochenta y cinco, de fecha treinta de octubre del dos mil catorce, y resolvió: i) Inaplicar el mínimo y máximo de la pena conminada prevista para el delito contra la libertad sexual-violación sexual presunta, tipificado en el artículo 173, inciso 2, del Código Penal; e inaplicar la prohibición de la atenuante por responsabilidad restringida estipulada en el artículo 22, segundo párrafo, del Código Penal; ii) Modificar la pena impuesta —treinta años— y reformándola, impuso al acusado la pena de cinco años de pena privativa de libertad efectiva; en el proceso penal seguido contra Geancarlos Vega Mejía, como autor del delito contra la libertad sexual-violación sexual presunta, en agravio de la menor identificada con las iniciales C.B.Y.B. En consecuencia, NO CASARON la sentencia de vista mencionada, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia Del Santa.

II. ESTABLECIERON como doctrina jurisprudencial vinculante los fundamentos jurídicos cuadragésimo segundo, cuadragésimo tercero y cuadragésimo quinto de la presente sentencia casatoria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 433, inciso 3, del Código Procesal Penal.

III. EXONERARON a la representante del Ministerio Público del pago de costas procesales en la tramitación del recurso de casación.

IV. DISPUSIERON dar lectura a la presente sentencia casatoria en audiencia privada y se publique en el diario oficial El Peruano; notificándose a los sujetos procesales con las formalidades de ley; y los devolvieron.

SS.

VILLA STEIN/ RODRÍGUEZ TINEO/ PARIONA PASTRANA/ **HINOSTROZA PARIACHI**/ NEYRA FLORES

5.
RECURSO DE NULIDAD N.° 1628-2004-ICA
NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DEL "ENGAÑO" EN EL DELITO DE SEDUCCIÓN

Recurso de Nulidad	**N.° 1628-2004-Ica**
Fecha	21.01.2005
Procedencia	Segunda Sala Penal Transitoria
Ponentes	Javier Villa Stein, Alfonso Valdez Roca, Héctor Ponce de Mier, Victoriano Quintanilla Quispe y Víctor Prado Saldarriaga
Tema	Naturaleza y características del "engaño" en el delito de seducción del artículo ciento setentaicinco del Código Penal
Precedente vinculante	f. j. n.°: 3
Concordancia	Código Penal: art. 175 Código de Procedimientos Penales: art. 301-A

SUMILLA:
El "engaño", pues, no debe tener la finalidad de conseguir el consentimiento de la víctima sino facilitar la realización del acceso sexual. El agente engaña al sujeto pasivo sobre su identidad aprovechando su parecido físico con la pareja sentimental de la víctima. Si esta es afectada por el error y se relaciona sexualmente con el agente, a quien cree ser su pareja sentimental, el tipo penal del artículo ciento setenticinco del Código Penal se habrá configurado. Por el contrario, si el agente hace promesas al sujeto pasivo para que este acepte el acceso carnal, y luego dichas promesas no se cumplen, no se dará el delito.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N.° 1628-2004

ICA

Lima, veintiuno de enero del dos mil cinco.

VISTOS

CONSIDERANDO

Primero: Que la señora fiscal superior ha interpuesto recurso de nulidad, contra la sentencia de fojas doscientos cuarenta, de fecha diecisiete de febrero del dos mil cuatro, que condena a Pedro Antonio Espinoza Neyra, como autor del delito contra la libertad sexual -seducción en agravio de fa menor identificada con las iniciales C.J.P.M.

Segundo: Que la recurrente sostiene a fojas doscientos cuarentinueve, haber nulidad en la sentencia impugnada precisando, que con la declaración referencial de la menor agraviada prestada en presencia del señor representante del Ministerio Público, se acredita la responsabilidad penal del encausado Espinoza Neyra en la comisión del delito contra la libertad sexual —violación de menor de catorce años—, que se le imputa.

Fundamento del recurso

Tercero: Que el delito de seducción, tipificado en el artículo ciento setenticinco del Código Penal, se configura cuando el agente mediante "engaño" tiene acceso camal por vía vaginal, anal o bucal con una persona de catorce años y menos de dieciocho años de edad. Por consiguiente, para verificarse este delito es necesario el empleo de un medio fraudulento como el engaño sobre la práctica sexual a realizarse, ya que como consecuencia de ello el agente induce en error a la víctima y logra el acceso camal; el "engaño", pues, no debe tener la finalidad de conseguir el consentimiento de la víctima sino facilitar la realización del acceso sexual. El agente engaña al sujeto pasivo sobre su identidad aprovechando su parecido físico con la pareja sentimental de la víctima. Si esta es afectada por el error y se relaciona sexualmente con el agente, a quien cree ser su pareja sentimental, el tipo penal del artículo ciento setenticinco del Código Penal se habrá configurado. Por el contrario, si el agente hace promesas al sujeto pasivo para que este acepte el acceso carnal, y luego dichas promesas no se cumplen, no se dará el delito.

Configuración del delito de seducción

El engaño como medio

Finalidad del engaño

Configuración de la seducción

La promesa incumplida

Cuarto: Que la tipicidad de los hechos imputados es una exigencia procesal vinculada al principio de legalidad. Ella consiste en la adecuación que debe hacer el juez de la conducta que se atribuye al imputado a la descripción legal de un delito formulada en abstracto por la ley penal.

Subsunción de los hechos

Quinto: Que resolviendo el caso *sub iúdice*, se debe considerar lo siguiente: a) Que en autos no se configuran los supuestos exigidos por el artículo ciento setenticinco del Código Penal, ya que tanto la menor agraviada como el procesado Espinoza Neyra, coinciden en manifestar que las relaciones sexuales que sostuvieron fueron de mutuo acuerdo; b) Que la menor de iniciales C.J.P M. sostiene en su declaración referencial de fojas ochentinueve, y en los debates orales de fojas doscientos veinticuatro, que el encausado Espinoza Neyra no intentó violarla sino que mantuvieron relaciones sexuales por voluntad propia en el cuarto de la casa de madre; c) Que la agraviada también ha referido que cuando ocurrieron los hechos, esto es, en el mes de abril del año dos mil uno, contaba con catorce años de edad; d) Que la versión de la agraviada es corroborada con las declaraciones del procesado. Es así que en su manifestación policial a fojas seis y en presencia de la representante del Ministerio Público; así como en su instructiva de fojas ciento treintinueve y en los debates orales a fojas doscientos veinte, de

El mutuo acuerdo como atípica

Consentimiento del menor

manera reiterada y uniforme, el procesado ha sostenido que mantuvo relaciones sexuales con la menor en una sola oportunidad cuando esta contaba con catorce años de edad, contando para ello con su pleno consentimiento; e) Que, de otro lado, en autos también ha quedado acreditado que a la fecha de la comisión del delito, abril del año dos mil uno, la menor agraviada contaba con catorce años de edad tal como se infiere de la partida de nacimiento de fojas cuarentitrés; f) Que, por consiguiente, en el caso *sub iúdice* no se configuran los presupuestos típicos exigidos por el artículo ciento setenticinco del Código Penal al no haberse empleado engaño para el acceso carnal; siendo ello así la conducta del procesado Pedro Antonio Espinoza Neyra es atípica y penalmente irrelevante.

Uniformidad de la declaración

Conducta atípica por falta de engaño

Sexto: Que, en consecuencia, habiéndose precisado los alcances del concepto de "engaño" en el delito contra la libertad sexual-seducción, del artículo ciento setenticinco del Código Penal, corresponde otorgar a dicha interpretación jurisprudencial el carácter de precedente vinculante en aplicación de lo autorizado por el inciso uno del artículo trescientos uno-A, del Código de Procedimientos Penales, incorporado por el Decreto Legislativo numero novecientos cincuentinueve.

DECISIÓN

En consecuencia, de conformidad con los artículos doscientos ochenticuatro y trescientos uno del Código de Procedimientos Penales, y, estando a las consideraciones antes expuestas: **DECLARARON: HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida de fojas doscientos cuarenta, su fecha diecisiete de febrero del dos mil cuatro, que condena a Pedro Antonio Espinoza Neyra como autor del delito contra la libertad sexual-seducción, en agravio de la menor de iniciales C.J.P M, a tres años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el período de prueba de dos años, y fija en mil nuevos soles la reparación civil que deberá abonar el sentenciado a favor de la agraviada; y **REFORMÁNDOLA: ABSOLVIERON** a Pedro Antonio Espinoza Neyra de la acusación fiscal por el delito contra la libertad sexual —seducción— en agravio de la menor de iniciales C.J.P.M.; **MANDARON**: archivar definitivamente el proceso, **DISPUSIERON**: La anulación de los antecedentes penales y judiciales que se hubieren generado, de conformidad con el Decreto Ley número veinte mil quinientos setentinueve; **DISPUSIERON**: que la presente Ejecutoría Suprema, constituya precedente vinculante en lo concerniente a las precisiones y alcances del concepto de "engaño" en el delito contra la libertad sexual-seducción que se detallan en el tercer considerando de esta resolución; **ORDENARON**: que el presente fallo se publique en el diario oficial *El Peruano*; con lo demás que contiene; y los devolvieron.

S. S. VILLA STEIN / VALDÉZ ROCA / PONCE DE MIER / QUINTANILLA QUISPE / PRADO SALDARRIAGA

SECCIÓN TERCERA
Delitos contra el patrimonio

I.
EL DELITO DE ROBO

1.
RECURSO DE NULIDAD N.º 3932-2004-AMAZONAS
CRITERIOS PARA DIFERENCIAR EL ASESINATO POR CONEXIÓN CON EL DELITO DEL ROBO CON MUERTE SUBSECUENTE O CONCURRENTE

Recurso de Nulidad	**N.° 3932-2004-Amazonas**
Fecha:	17.02.2005
Procedencia	Segunda Sala Penal Transitoria
Ponentes	Javier Villa Stein, Alfonso Valdez Roca, Héctor Ponce de Mier, Victoriano Quintanilla Quispe y Víctor Prado Saldarriaga
Tema	Criterios para diferenciar el asesinato por conexión con el delito del robo con muerte subsecuente o concurrente
Precedente vinculante	f. j. n.°: 5
Concordancia	Código Penal: arts. 108.2, 189, primer párr., incs. 2, 3 y 4.

SUMILLA:

El delito de robo consiste en el apoderamiento de un bien mueble, con *ánimus lucrandi*, es decir el aprovechamiento y sustracción del lugar donde se encuentre, siendo necesario el empleo de la violencia o amenaza por parte del agente sobre la víctima (*vis absoluta o vis corporalis* y *vis compulsiva*), destinadas a posibilitar la sustracción del bien, debiendo ser estas actuales e inminentes en el momento de la consumación del evento y gravitar en el resultado, consumándose el delito con el apoderamiento del objeto mueble aunque sea por breve lapso de tiempo. Que en cuanto a la segunda cabe señalar: Que cuando la violencia es ejercida con posterioridad a la consumación del hecho punible y se cause la muerte de la víctima, la conducta del agresor habría quedado circunscrita a un resultado preterintencional o a un delito contra la vida, el cuerpo y la salud —homicidio doloso—, produciéndose aquí un concurso real de delitos, esto es, la presencia de dos ilícitos calificándolos cada uno de ellos como hechos independientes. Que, sin embargo, si la muerte la ocasionó el agente para facilitar la consumación del robo o para ocultar su realización o impedir su detención, tal acción homicida constituirá delito de asesinato.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N.° 3932-2004
AMAZONAS

Lima, diecisiete de febrero del dos mil cinco.

VISTOS: Los recursos de nulidad interpuestos por los encausados Carlos Alberto Ramos Sandoval, Dario Damián Pedraza Alarcón y Danton Alan Sandoval Rentería y el Fiscal Superior; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal.

CONSIDERANDO

Primero: Que del Recurso de Nulidad interpuesto por el representante del Ministerio Publico se advierte que no formula petición concreta respecto de los encausados Carlos Alberto Ramos Sandoval, Darío Damián Pedraza Alarcón y Danton Alan Sandoval Rentería, limitándose a narrar aspectos circunstanciados de los hechos, tales como que el primero fue quien recibió la información del sujeto conocido como "Juan" sobre los movimientos bancarios y el desplazamiento del agraviado Carlos Lino Chonlón Vega, que a su vez la trasmitió al segundo, para luego juntos planificar el asalto, contando con la participación del tercero, quien los condujo en un vehículo menor-mototaxi hasta el lugar del evento.

Segundo: Que el abogado defensor del acusado Carlos Alberto Ramos Sandoval, señala que su patrocinado ha intervenido en el asalto motivado por un estado de necesidad, invocando como fundamento jurídico el articulo veinte inciso cuarto del Código Penal, en todo caso el Superior Colegiado para la imposición de la pena no ha considerado lo previsto en los artículos cuarenticinco y cuarentiséis del acotado cuerpo legal.

Tercero: Que, el encausado Darío Damián Pedraza Alarcón, al fundamentar su recurso de nulidad sostiene que por su sinceridad, arrepentimiento y pedido de clemencia en el juicio oral, debió imponérsele una pena por debajo del mínimo legal.

Cuarto: Que el encausado Danton Alan Sandoval Rentería, en su recurso de nulidad arguye que en la presente investigación judicial no se han glosado pruebas de cargo que acrediten su responsabilidad penal, toda vez que ha sido comprendido por el solo hecho de haberse encontrado con su coacusado Carlos Alberto Ramos Sandoval durante la intervención policial.

Quinto: Que para evaluar el caso sub judice, esta Suprema Sala considera necesario hacer precisiones en relación a dos circunstancias: **a) La determinación del momento en que se consuma el delito de robo agravado** y **b) Violencia ejercida con posterioridad a la consumación del mencionado delito.** Que respecto de la primera es de precisar: Que el delito de robo consiste en el apoderamiento de un bien mueble, con *ánimus lucrandi*, es decir el aprovechamiento y sustracción del lugar donde se encuentre, siendo necesario el empleo de la violencia o amenaza por parte del agente sobre la victima (*vis absoluta o vis corporalis* y *vis*

compulsiva), destinadas a posibilitar la sustracción del bien, debiendo ser estas actuales e inminentes en el momento de la consumación del evento y gravitar en el resultado, consumándose el delito con el apoderamiento del objeto mueble aunque sea por breve lapso de tiempo. Que en cuanto a la segunda cabe señalar: Que cuando la violencia es ejercida con posterioridad a la consumación del hecho punible y se cause la muerte de la víctima, la conducta del agresor habría quedado circunscrita a un resultado preterintencional o a un delito contra la vida, el cuerpo y la salud — homicidio doloso—, produciéndose aquí un concurso real de delitos, esto es, la presencia de dos ilícitos calificándolos cada uno de ellos como hechos independientes. Que, sin embargo, si la muerte la ocasionó el agente para facilitar la consumación del robo o para ocultar su realización o impedir su detención, tal acción homicida constituirá delito de asesinato (Ver José Hurtado Pozo. Manual de Derecho Penal. Parte Especial I. Homicidio. Ediciones Juris. Lima mil novecientos noventicinco, páginas cincuentinueve y sesenta).

Violencia ejercido después de la comisión del delito

Sexto: Que, en cuanto se refiere a los hechos sub materia, de las diligencias y pruebas actuadas ha quedado establecido que en horas de la tarde del ocho de junio del dos mil dos, el agraviado Carlos Lino Chonlón Vega fue interceptado por los coacusados Carlos Alberto Ramos Sandoval, Dario Damián Pedraza Alarcón y Rey David Pedraza Campos, en circunstancias que luego de retirar dinero del Banco se dirigía a bordo de una motocicleta por la carretera con destino al Centro Poblado Menor "Naranjos Alto" en la jurisdicción del Distrito de Cajaruro Provincia de Utcubamba, siendo el caso que Ramos Sandoval conjuntamente con Pedraza Campos, aprovechando la superioridad numérica y empleando violencia le despojaron el dinero que portaba, para darse a la fuga, a lo que el agraviado en su intento de recuperar lo sustraído es impactado por un proyectil de arma de fuego disparado por Darío Damián Pedraza Alarcón quien se encontraba detrás de aquel en actitud de contención, ocasionándole su muerte en forma instantánea, siendo la causa de ella shock hipovolémico, traumatismo torácico abierto, lesiones de disparo de arma de fuego conforme aparece del protocolo de autopsia de fojas sesentitrés.

Sétimo: Que, de la debida compulsación de pruebas resulta que Carlos Alberto Ramos Sandoval, al absolver la tercera pregunta de su manifestación policial de fojas veintitrés, señala que él conjuntamente con su co-acusad Rey David Pedraza Campos le arrebataron el dinero al agraviado y cuando emprendían la fuga, encontrándose a unos veinte metros aproximadamente, al voltear la mirada pudo observar que Pedraza Alarcón le efectúa un disparo por la espalda al agraviado, versión que coincide con la de este último, quien en su manifestación policial de fojas veintiocho admite que en efecto portaba un arma de fuego calibre treintidós con el cual realizó el disparo mortal al agraviado, encontrándose este a unos dos metros y medio de distancia aproximadamente.

Octavo: Que, con lo expuesto, se colige que los agresores hicieron uso de la violencia como medio para lograr la apropiación del bien, cesando esta cuando Ramos Sandoval y Pedraza Campos huyen con el dinero, quedando consumada la sustracción, toda vez que los procesados no solo ya habían aprehendido el objeto que estaba en poder y dominio de la víctima, sino que se la llevaban (reemplazo de un dominio por otro), teniendo la cosa en sus manos, aunque fuera por breve lapso de tiempo, evidenciándose por tanto la consumación de la lesión jurídico patrimonial.

Noveno: Que, así las cosas, toca dilucidar la conducta que cada procesado ha desplegado para la perpetración del hecho; que, para el caso de Pedraza Alarcón ha surgido concurso real de delitos, puesto que el evento tuvo lugar en dos momentos: la ejecución del robo propiamente dicho con apoderamiento ilegitimo de la cosa y el segundo la muerte de la víctima, en efecto, en el presente caso, el delito de robo agravado quedó consumado desde el momento en que Ramos Sandoval y Pedraza Campos huyen con el botín, ejerciendo actos de disposición (aunque por breve lapso de tiempo], configurándose aquí el tipo penal del artículo ciento ochentinueve primera parte, incisos dos, tres y cuatro del Código Penal, de lo que se colige que al efectuar el disparo mortal por la espalda al agraviado, ya no constituye un medio para lograr la apropiación del bien, sino un hecho punible independiente del robo agravado, puesto que este ya se había consumado, cometiendo en consecuencia el delito de homicidio agravado conforme al inciso segundo del artículo ciento ocho del Código Penal y no robo agravado con subsecuente muerte

Décimo: Que, lo anotado precedentemente, daría lugar a la ampliación del auto de apertura de instrucción contra el encausado Pedraza Alarcón, por el delito de homicidio calificado, pero, estando a que el Fiscal Superior en su recurso de nulidad no ha formulado petición concreta respecto de este encausado y en aplicación del artículo trescientos del Código de cincuentinueve no resulta posible declarar la nulidad de la sentencia en dicho extremo, pues ello constituiría una reforma en peor, lo que no está permitido por la precitada norma legal; en consecuencia la petición de Pedraza Alarcón sobre la disminución de la pena que le fue impuesta deviene en inatendible, dada la naturaleza y gravedad del ilícito cometido.

Undécimo: Que, con relación al encausado Carlos Alberto Ramos Sandoval, en su recurso de nulidad alega que actuó bajo un estado de necesidad invocando el inciso cuarto apartado a) del artículo veinte del Código Penal, sin embargo ello no resulta atendible pues no se cumplen los presupuestos de la causa de justificación aludida, es más, existió un plan premeditado ya que el sujeto conocido como "Juan" (según su versión) días antes le proporcionó información sobre la ruta que empleaba el agraviado, por lo demás el procesado no ha dado una versión uniforme sobre los hechos, adecuándose su conducta al tipo penal por el cual ha sido condenado (artículo ciento ochentinueve, incisos dos, tres y cuatro del Código acotado.

Décimo Segundo: Que en lo que respecta al encausado Dalton Alan Sandoval Rentería, a quien se la atribuye el delito de robo agravado en calidad de cómplice,

de autos no aparecen suficientes elementos de prueba que acrediten su participación en los hechos, ya que fue incluido en la investigación por la sola circunstancia de haberse encontrado en compañía de Ramos Sandoval cuando se produjo la intervención policial resultando tal circunstancia insuficiente para atribuirle responsabilidad penal, máxime si ninguno de los encausados lo sindican, por lo que en su caso resulta de aplicación lo dispuesto por el artículo doscientos ochenticuatro del Código de Procedimientos Penales.

Décimo Tercero: Que, en consecuencia, habiéndose establecido criterios de diferenciación en relación a la consumación del delito de robo agravado con subsecuente muerte y el delito de asesinato para ocultar otro delito, corresponde otorgar a dicha interpretación jurisprudencial de carácter precedente vinculante conforme a lo ha anotado en el considerando quinto de la presente resolución, en aplicación de lo previsto por el inciso uno del A articulo trescientos uno A, del Código de Procedimientos Penales, incorporado por el Decreto Legislativo numero novecientos cincuentinueve.

DECISIÓN

Estando a las consideraciones expuestas: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida de fojas cuatrocientos sesentiséis, trece de setiembre del dos mil cuatro, en cuanto condena a Carlos Alberto Ramos Sandoval y Dario Damian Pedraza Alarcon por delito de robo agravado, en agravio de Carlos Lino Chonlón Vega, imponiendo al primero, veinte años de pena privativa de la libertad y al segundo, veinticinco años de pena privativa de la libertad, la misma que con el descuento de la carcelería que vienen sufriendo desde el ocho de junio del dos mil dos, vencerá para el primera, el siete de junio del dos mil veintidós y para el segundo, el siete de junio del dos mil veintisiete; fija en treinta mil nuevos soles la suma por concepto de reparación civil que deberán abonar en forma solidaria a favor de los herederos legales de la víctima; asimismo declararon **HABER NULIDAD** en la propia sentencia en la parte que condena a Danton Alan Sandoval Rentería, como cómplice del delito de robo agravado en agravio de Carlos Lino Chonlón Vega, a cuatro años de pena privativa de la libertad suspendida por el plazo de tres años, con lo demás que al respecto contiene; reformándola en este extremo: **ABSOLVIERON** a Danton Alan Sandoval Rentería, de la acusación fiscal, por el delito de robo agravado en agravio de Carlos Lino Chonlón Vega; **DISPUSIERON** la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados como consecuencia del presente proceso; debiendo reiterarse las órdenes de ubicación y captura contra el encausado Rey David Pedraza Campos hasta que sea habido; **MANDARON** que los fundamentos jurídicos del quinto considerando de la presente Ejecutoria Suprema constituye precedente vinculante; **ORDENARON** que el presente fallo se publique en el diario oficial *El Peruano*; y los devolvieron.

S. S. VILLA STEIN / VALDEZ ROCA / PONCE DE MIER / QUINTANILLA QUISPE / PRADO SALDARRIAGA.

II.
LA APROPIACIÓN ILÍCITA

1.
CASACIÓN N.º 301-2011-LAMBAYEQUE
CRITERIOS DE SUBSUNCIÓN DE LA CONDUCTA EN EL DELITO DE APROPIACIÓN ILÍCITA

Casación	**N.º 301-2011-Lambayeque**
Fecha	04.10.2012
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponente	Jorge Luis Salas Arenas
Tema	Criterios de subsunción de la conducta en el delito de apropiación ilícita
Doctrina jurisprudencial vinculante	ff. jj. n.ºs 8.1 y 8.6.
Concordancia	Código Penal: art. 190 Código Procesal Penal: arts. 424.1, 397.2, 429.3, 427, 431 y 433

SUMILLA:
No hay por tanto en el asunto *sub judice*, ni vacío legal ni posibilidad de aplicación del tipo de hurto, en cuyo caso extraordinario, tampoco cabrío —como lo señala el Ministerio Público en el presente proceso penal— uno absolución; ocurre que el tipo de apropiación indebida o ilícita, comprende como agraviado, en principio, al dueño de lo cosa apropiado, cuando éste fuera quien entrega, al acreedor insatisfecho, en cuyo nombre el sujeto activo no recibe el bien, en los casos de recibo de pago total o parcial situación que lo doctrina jurisprudencial de lo Corte Supremo de Justicia del Perú ha adoptado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 301-2011
LAMBAYEQUE

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, cuatro de octubre del dos mil doce

VISTOS; El recurso de casación interpuesto por lo señora fiscal de la Tercera Fiscalía Superior Penal de Lambayeque, con los recaudos que se adjuntan al

principal; decisión que se adopta bajo la ponencia del señor juez Supremo Salas Arenas.

I. DECISIÓN CUESTIONADA

La sentencia de vista de veintitrés de agosto del dos mil once, emitido por la Primera Sala Penal Superior de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, obrante en los folios sesenta y dos a sesenta y siete del cuaderno acompañado, que revocó la sentencia emitida por el señor Juez del Sexto Juzgado Penal Unipersonal de Chiclayo, que condenó a doña Jalli Jannan Villarreal López como autora del delito de apropiación ilícita, en agravio de la empresa Rinti Sociedad Anónima y reformándola, la absolvió de los cargos formulados en su contra.

II. FUNDAMENTOS DE LA CASACIÓN

La recurrente solicita que la instancia suprema declare nula la sentencia de vista cuestionada y en sede de instancia proceda o condenar a la procesada como autora del delito imputado y se establezca doctrina jurisprudencial al respecto; sustentando su planteamiento en las siguientes consideraciones:

2.1. Lo decisión efectuó una errónea interpretación de la norma penal contenida en el artículo ciento noventa del Código Penal que regula el delito de apropiación ilícita.

2.2. Que lo reacción penal debe ser lo sanción de aquellos comportamientos tendientes a menoscabar intereses jurídicos protegidos, como el caso concreto en que el agente aprovechándose de lo condición especial conferida por una persona determinada se aprovecha de la misma, luego de realizar cobros en su nombre, no colocando o entregando el bien fungible dentro de la esfera de disponibilidad del titular, apropiándose de lo cobrado.

2.3. Los argumentos esbozados en la sentencia de vista cuestionada contradicen los desarrollos dogmáticos efectuados respecto a la configuración del delito de apropiación ilícito, por lo que se debe establecer un criterio en salvaguardo de los derechos de los justiciables y del irrestricto derecho de propiedad, de aquel que si bien no entrego materialmente la cosa, es el que concede lo condición especial al agente.

2.4. La imputación criminal referido o lo apropiación por parte de lo procesada de la suma de quince mil setenta y un soles con nueve céntimos producto del cobro o varios clientes de lo empresa agraviado que no fueron reportados, configuro el delito de apropiación ilícito por cuanto la encausado haciendo uso de los facultades o condición especial conferida, recibió dinero, firmando las respectivos facturas, y no obstante que la citado entrego de dinero generaba lo obligación de darle un destino final a los bienes fungibles, dispuso de los mismos, cuando su condición no le permitía tal conducta.

2.5. No resulta adecuado afirmar que el sujeto pasivo del delito sea siempre lo persona que entrega el bien mueble ya que en muchas ocasiones dicho acto no se condice con el nacimiento de lo condición especial en el agente, lo mismo que es conferido por el sujeto como titular del derecho de propiedad afectado, con el acto de apoderamiento perpetrado.

2.6. Finalmente sostiene que: "[l]os magistrados de la Sala Penal indican que cuando los clientes cancelaron el dinero, no lo hicieron con la intención de que la imputada entregara el dinero a su principal, porque para ellos se efectuó a la empresa mismo, por lo que no habría apropiación ilícito, debido o que los entregantes del dinero lo hicieron a la empresa, ello determinaría en todo caso, que la transferencia de dinero efectuada o lo imputado fue realmente realizado o lo empresa mismo, lo que, en un supuesto negado (ya aceptando lo incorrecto tesis propuesto por el tribunal superior) supondría un acto, sino de apoderamiento, de sustracción del dinero por parte de la imputada, asumiendo la ficción jurídica que el dinero ya se encontraba en disponibilidad de la empresa (en atención al estado de dependencia de la empleada y conforme lo plantea la Sala Penal de Apelaciones), por lo que el acto de apoderamiento del dinero por parte de la imputado importaría (también por ficción jurídico) un acto de sustracción, configurando, por inferencia de dichos afirmaciones de la Sala Penal, el delito de hurto; lo que implicaría (para no dejar impune el hecho) que en todo coso se debió proceder conforme a las facultades conferidas por el inciso uno del artículo cuatrocientos veinticuatro del Código Procesal Penal en concordancia con el contenido del inciso uno del artículo trescientos setenta y cuatro del mismo texto adjetivo y haber sugerido una nueva calificación jurídica, para poder aplicar la excepción contenida en el inciso dos del artículo trescientos noventa y siete del ya acotado Código Procesal, ya que el no hacerlo viene generando impunidad e indefensión" (sic).

3. Iter procesal

3.1. El recurso de casación fue calificado por el Colegiado Supremo mediante resolución de veinticinco de noviembre del dos mil once (folios trece a quince del cuaderno de casación), declarándose bien concedido el recurso por la causa de errónea interpretación de la norma penal, o fin de establecer doctrina jurisprudencial respecto a si para subsumir o no una conducta dentro de los alcances del delito previsto en el artículo ciento noventa del Código Penal, se ha de tener en cuenta el aspecto objetivo del delito de apropiación ilícita, la relación existente entre sujeto activo, sujeto pasivo y justo título —condición cualificante del agente— y su aplicación al caso en concreto.

3.2. Cumpliéndose con lo estipulado por el artículo cuatrocientos treinta y uno del Código Procesal Penal, se llevó a cabo la audiencia de casación escuchándose los alegatos de la Fiscalía Suprema en lo Penal; deliberada la causa en sesión secreta

y producida la votación, corresponde dictar resolución de fondo, que se leerá el día catorce de noviembre del dos mil doce.

CONSIDERANDO

Primero: Sustento normativo

1.1. El numeral tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal establece como causa para interponer el recurso de casación cuando lo sentencio importa una errónea interpretación de la ley penal.

1.2. El inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal estipulo que la Corte Suprema discrecionalmente establecerá doctrina jurisprudencial.

1.3. El artículo cuatrocientos treinta y tres del citado código reguló el contenido de la sentencia de casación y sus efectos.

1.4. El primer párrafo del artículo ciento noventa del Código Penal sanciona la conducta del que, en su provecho o de un tercero, se apropia indebidamente de un bien mueble, uno suma de dinero o un valor que ha recibido en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver, o hacer un uso determinado.

1.5. La Ejecutoria Suprema recaída en el recurso de nulidad número mil doscientos noventa y seis guión dos mil diez, Lambayeque, tramitó el delito de apropiación ilícita teniendo como *factum* que los trabajadores de un grifo se apropiaron ilícitamente de los ingresos de las ventas diarias de combustible no reportado.

1.6. La Ejecutoria Suprema recaída en el recurso de queja número veinte guión dos mil ocho guión Lima de veintitrés de marzo del dos mil nueve vinculada con Ejecutoria Suprema expedida en el recurso de nulidad número mil cuarenta y nueve guión dos mil ocho de diez de marzo del dos mil nueve, estableció la configuración del tipo de apropiación ilícita por la indebida apropiación efectuada por el encausado de libros contables de la empresa agraviada.

Segundo: Síntesis del *factum*

Se aprecia del requerimiento fiscal obrante en los folios uno al nueve que se imputa a la encausada doña Jalli Jannan Villareal López que en su condición de empleada de la empresa agraviada, Rinti S.A., —vendedora de productos alimenticios para caninos y felinos— se apropió indebidamente del dinero que cobro a clientes de esta empresa, ascendente a quince mil setenta y un soles con nueve céntimos (S/. 15, 071. 09). Así, la imputada entrego a clientes de la empresa comprobantes de pago en señal de acuse de recibo del dinero por los productos vendidos sujetos a crédito, pero una vez efectuado el pago por estos a ella, no lo entrego las arcas de la referida empresa.

Tercero: Del pronunciamiento del tribunal de apelación

3.1. La sentencia cuestionada señalo como fundamento para revocar la decisión de primera instancia que:

"El delito de apropiación ilícita es un delito especial propio que comete el ciudadano que habiendo recibido un bien mueble, como una suma de dinero, no lo devuelve, entrega a otro o usa de la manera convenida a través de un contrato, por ejemplo de comisión, administración o depósito; haciéndolo suyo, en perjuicio de la persona que se lo entregó; quien generalmente es su propietario y en ocasiones quien tiene un derecho de crédito sobre dicho bien [...]

En el presente caso, según el Ministerio Público, la sentenciada en su condición de dependiente de la empresa agraviada recibió de los clientes de éste sumas de dinero en pago por las rnercancías vendidas; dinero que no cumplió con entregar a su principal empleador; es decir; a la empresa agraviada; por tanto, quedo claro que el dinero fue entregado en propiedad a la empresa agraviada, a través de su empleada, la sentenciada, sin que se advierta en dicho acto uno obligación, a cargo de esta, de hacer un uso determinado con dicho dinero, menos entregarlo a otro, pero menos aún de devolverlos o sus otorgantes".

3.2. Continúo el sustento de la sentencia argumentando que:

"Se sobreentiende que si lo sentenciada fue una dependiente de la empresa, cuando los clientes de esta cancelaron sus deudas no lo hicieron con la intención que aquella entregara el dinero a su principal, porque para ellos la cancelación se efectuó a la empresa misma, a través de la sentenciada; en consecuencia, respecto a ellos no se produjo ningún abuso de confianza ni perjuicio patrimonial; siéndoles ajena la diferencia surgida entra la empresa agraviada y su dependiente, la sentenciada; por tanto, no reconociéndose en lo actuación de esta, producto de lo entrega del dinero, una obligación impuesta, por su relación con los clientes de la empresa agraviada, de entregar a otro, hacer un uso determinado o devolver dicho dinero; la acción imputada es atípica del delito de apropiación.

Debe quedar claro entonces, contrariamente a lo postulado por el Ministerio Público, que la condición de sujeto pasivo en el delito de apropiación ilícito no se da en función de la persona o quien el sujeto activo se obliga a entregar un bien, sino en referencia a la persona que entrego dicho bien en posesión temporal, siempre que del título o contrato celebrado surja la obligación de entregarlo a otro".

Cuarto: Precisiones dogmáticas sobre la apropiación ilícita o indebida

4.1. El primer predicado rector que define este tránsito de lo lícito o lo ilícito es la "apropiación", entendida esta como la incorporación a

Definición de apropiación

la esfera propia del patrimonio de aquello que fue recibido meramente a título posesorio[1].

4.2. El legislador identifico uno serie de supuestos (aquellos en los que el sujeto ha llegado a la previa posesión de la cosa por un medio que no constituye infracción penal y que coincide con la recepción de la cosa merced a un título que produce la obligación de devolverlo o entregarlo) que resultan más graves que los anteriores, al implicar la vulneración, como consecuencia de la conducta apropiatoria, de una obligación de custodia y aplicación a un fin, que imprime a la dinámica comisiva una especial naturaleza fraudulenta: en ellos el autor se aprovechó de que tiene la posesión de la cosa, orientado al cumplimiento de esas obligaciones, para apropiarse de ella[2].

Apropiación ilícita: comisión

4.3 Lo que caracteriza a la posesión que da lugar a la apropiación indebida es que el sujeto tiene la cosa con conciencia de que aún siendo ajeno, le corresponde alguno facultad sobre ella, siquiera sea delegada por otro (posesión por otro), con el que tiene un vínculo jurídico, como ocurre con el mandatorio, el administrador, el representante legal entre otros.[3]

La posesión

Quinto: Criterio doctrinal respecto a la configuración del delito de apropiación ilícita desde la perspectiva del bien jurídico propiedad

5.1. Al respecto cabe indicar que en la dinámica del delito de apropiación ilícita hay que distinguir dos momentos, uno consistente en la transmisión legitima de la posesión de la cosa con título que produzco lo obligación de entregarlo o devolverlo, y otro de apropiación antijurídica por parte del poseedor legítimo, acaeciendo lo infracción penal en este segundo momento. Es decir, que lo que se sanciona en el delito de apropiación ilícito en principio, es la transmutación que efectúo el sujeto activo de uno posesión legítima al ejercicio de facultades inherentes a la propiedad del bien.

Dinámica del delito de apropiación ilícita

5.2. Por ello, existe en la conducta ilícita el incumplimiento de una obligación futura nacida de una relación legal o contractual. Este ilícito requiere necesariamente la preexistencia del poder de custodia sobre

1 Molins Raich, Marc, "Consideraciones acerca del delito de apropiación indebida". Ver en línea: < http://www.rocajunyent.com>.

2 Simons Vallejo, Rafael, *Sobre el contenido injusto de los delitos de apropiación indebida (reflexiones o propósito de los arts. 252 y siguientes del Código Penal español)*. Ver en línea:< http://www.uhu.es>

3 Gonzáles Rus, J.J., *Delitos contra el patrimonio*, citado por Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl, *Derecho penal. Parte especial*, t. II, 3ra reimpresión, Lima, 2011, p.286.

un bien por un título que produzca la obligación de entregar devolver o hacer un uso determinado.

Obligación de devolución o entrega

5.3. Lo que fundamento la mayor gravedad de la apropiación indebida es la ruptura de una obligación jurídica de devolución o entrega del objeto.[4] La conducta típica descrita tiene como significado el disponer de la cosa como si fuera propia de manera que ello implica incumplimiento definitivo de la obligación de entrega o devolución.[5]

Relación entre el autor y el objeto material

5.4. La existencia de una relación entre el autor y el objeto material del delito determina su connotación especial, en tanto solo puede ser sujeto activo aquél que ostente la relación jurídica exigida por el tipo el tipo penal[6], esto es haber recibido el objeto de manera lícito en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver o hacer un uso determinado con el mismo. [Relación entre el autor y el objeto material.

Apropiación: alcances

5.5. La conducta esencial que debe desarrollar el agente está constituida por la apropiación, es decir, por el apoderamiento o adjudicación a su favor de un bien mueble que no le pertenece legalmente. Eso implico que el agente en forma ilegal, ilícito o indebido coloco dentro de la esfera de su patrimonio —bajo su dominio— un bien mueble que sabe perfectamente que es ajeno, dado que le pertenece a otro, en su forma clásica, ese otro es quien por título lícito, le confió el bien por un tiempo y con un fin determinado.

Obligación de entregar

5.6. La obligación de entregar debe cumplirse respecto a una tercera, es decir, distinto al sujeto de quien se recibió el bien mueble[7]. Con la apropiación ilícita se lesiona el derecho de propiedad que permite al propietario usar, disfrutar o disponer de sus bienes, dinero o valores[8].

Víctima del delito

5.7. Víctima o sujeto del delito de apropiación ilícito será cualquier persona natural o jurídica con la única condición de ser la propietaria del bien mueble, dinero o valor entregado por título legítimo al agente,

4 Pérez Manzano, Mercedes, "Las defraudaciones (II). Apropiación indebida y defraudaciones del fluido eléctrico y análogas" *en Compendio de Derecho Penal Parte Especial,* vol. II, Bajo Fernández Miguel, Ed. Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, p.478.

5 Ibídem, p.481.

6 Ibídem, p 484.

7 Salinas Siccha, Ramiro, *Derecho penal. Parte especial,* vol. II, 4ª ed., Grijley, Lima, 2010, p. 1020.

8 Ibídem, p.1022.

para después ser devuelto o entregado a una tercera persona o hacer un uso determinado del bien.[9]

Sexto: Criterio doctrinal respecto a la configuración del delito de apropiación ilícita desde la perspectiva del bien jurídico patrimonio

Extensión del bien jurídico en el delito de apropiación ilícita

Frente al criterio doctrinal anterior se halla un segundo grupo de especialistas, ciertamente minoritario, que consideran que el delito de apropiación indebida no solamente castiga los actos de expolio o de expropiación en estado puro, caracterizados por lo privación definitiva de la propiedad, sino que el bien jurídico protegido por este delito también incluye determinadas lesiones del patrimonio de modo que no solamente es la propiedad la que se protege sino también el derecho de los acreedores a ver satisfecho su crédito de modo que los deslealtades o irregularidades más graves del acreedor, unidos a su insolvencia, colmarán el plus de desvalor material que justifican la tipificación y la sanción de tales conductas.

Sétimo: Antecedente doctrinal

Postura pro propiedad vs. postura pro patrimonio

7.1. En esencia, la distinción entre la postura en pro de la propiedad y la postura en favor del patrimonio radico en que, mientras que en la primera solamente se consideran típicas las conductos que cristalicen en una apropiación definitiva por la integración del bien en lo esfera de dominio del sujeto activo, en lo segundo, esto es, en la postura que defiende la tipicidad de determinadas formas de lesión del patrimonio se consideró que el referido precepto contemplo dos infracciones penales de distinto naturaleza: los que atentan directamente contra la noción de propiedad y los que eventualmente puedan atentar contra el patrimonio criminalizando determinadas lesiones del derecho de crédito que por sus circunstancias puedan considerarse especialmente reprochables.[10]

7.2. Con el Código de Procedimientos Penales y el Decreto Legislativo número ciento veinticuatro, las causas por delito de apropiación ilícito se tramitaban como procesos sumarios, de modo que no eran conocidos de manera común por la Suprema Corte. No obstante, la Corte Suprema se ha pronunciado, así, en lo Ejecutorio recaído en el recurso de nulidad número mil doscientos noventa y seis guión dos mil seis, Lambayeque, de dieciocho de abril del dos mil once, ya referida, no obstante no existir pronunciamiento de fondo, no se cuestiona que los griferos que se apoderan del dinero recibido por pago de combustible

9 Ibídem, p. 1024

10 Moltns Raich, Marc. Ver en línea: <Op.cit. http://www.rocojunyenf.com>.

desplegaran conducta de apropiación, en agravio del Grupo Empresarial propietario del grifo.

Octavo: Adopción de postura jurisprudencial

8.1. Es claro que cuando una persona entrega a otra un bien mueble con un encarga específico, y éste último queda en calidad de depositario, (en custodia legítimo del bien), lo expolia y lo agrego a su dominio patrimonial, la víctima o sujeto pasivo resulta siendo quien entregó la cosa.

Sujeto pasivo del delito

8.2. Cuando la cosa mueble se entregó en pago al autorizado de facto o formalmente (con conocimiento del acreedor conforme a las reglas del Código Civil), el que paga se desliga del bien entregado y éste se incorpora a la esfera del patrimonio (en propiedad) del antes acreedor, en cuyo nombre el agente cobrador o recaudador lo recibió.

Cosa mueble: Entrega en pago

8.3. Es preciso distinguir entre el cajero que opera en la sede o domicilio del acreedor, del recaudador que cobro en el domicilio del deudor o recibe en su propio y particular domicilio el bien en pago total o parcial del crédito.

Cajero y recaudador

8.4. En los dos últimos cosos, no es factible asumir que el recaudador sustrae los bienes recibidos para apropiárselos 1o que es característico del hurto–, sino que, simplemente decide quedárselos para sí, incumpliendo el deber de entrega al propietario, cuyo confianza defraudo.

Conducta del recaudador

8.5. A mayor abundamiento, el legislador nacional ha previsto el delito de apropiación ilícito irregular en el artículo ciento noventa y dos del Código Penal, que sanciona o quien se apropió de un bien perdido, de un tesoro, o de un bien ajeno en cuyo tenencia entró el agente por error, caso fortuito u otro causo independiente de su voluntad. Siguiendo lo línea de la regla jurídico interpretativa *ad maioris ad minus*, si quien se apropia de un bien que carece de dueño, merece sanción penal por delito de apropiación indebido irregular, con mayor motivo, tiene que serlo quien se apropia de bienes ajenos que pertenecen a dueño cierto.

Apropiación ilícita irregular

8.6. No hay por tanto en el asunto *sub judice*, ni vacío legal ni posibilidad de aplicación del tipo de hurto, en cuyo caso extraordinario, tampoco cabrío —como lo señala el Ministerio Público en el presente proceso penal— uno absolución; ocurre que el tipo de apropiación indebida o ilícita, comprende como agraviado, en principio, al dueño de lo cosa apropiado, cuando éste fuera quien entrega, al acreedor insatisfecho, en cuyo nombre el sujeto activo no recibe el bien, en los casos de recibo de pago total o parcial' situación que lo doctrina jurisprudencial de lo Corte Supremo de Justicia del Perú ha adoptado.

8.7. Es probable que en determinados casos concurra alguna falsedad o falsificación con la conducta apropiatoria, hecho que se debe evaluar como corresponde.

8.8. No es posible para este Colegiado Supremo definir el fondo de la materia, dado que no se cuenta con los actuados del proceso, de modo que corresponde reenviar al Órgano Jurisdiccional llamado por ley, poro que efectúe el juicio de apelación, definiendo si se produjo o no una apropiación lícita considerando sus particularidades y efectos.

DECISIÓN

Por todo ello, administrando justicia o nombre del Pueblo, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República **ACORDAMOS:**

I.DECLARAR FUNDADO el recurso de casación interpuesto por la señora fiscal de la Tercero Fiscalía Superior Penal de Lambayeque, en consecuencia **NULA** la sentencia de vista de veintitrés de agosto del dos mil once emitido por la Primera Salo Superior Penal de Apelaciones de lo corte superior de Justicia de Lambayeque, obrante en los folios sesenta y dos o sesenta y siete del cuaderno acompañado, que revocó la sentencia emitida por el juez del Sexto Juzgado Penal de Chiclayo que condenó o daño Jalli Jannan Villarreal López como autora del delito de apropiación ilícito en agravió de lo empresa Rinti Sociedad Anónima y reformándola la absolvió de los cargos formulados en su contra.

II.DISPONER que se devuelva el proceso al Órgano Jurisdiccional de origen, y se lleve a cabo el juicio de apelación conforme a ley.

III.MANDAR que lo Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque y las demás Cortes Superiores de los Distritos Judiciales en los que se encuentra en vigencia el Código Procesal Penal, consideren como doctrina jurisprudencial vinculante lo señalado en los acápites 8.1 o 8.6 del considerando octavo de la presente Ejecutoria Suprema, de conformidad con el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal.

IV. ORDENAR la transcripción de la presente Ejecutoria a las Cortes Superiores en las que rige el Código Procesal Penal para su conocimiento y fines, y se publique en el diario oficial *El Peruano* interviene el señor juez supremo Santa María Morillo por el periodo vocacional del señor juez supremo Villa Stein.

Sres. RODRÍGUEZ TINEO /PARIONA PASTRANA /**SALAS ARENAS** /NEYRA FLORES /SANTA MARÍA MORILLO

III.
EL DELITO DE USURPACIÓN

1.
CASACIÓN N.º 56-2014-AYACUCHO
LA VIOLENCIA EN EL DELITO DE USURPACIÓN POR TURBACIÓN SE EJERCE TANTO SOBRE PERSONAS COMO SOBRE LAS COSAS

Casación	**N.º 56-2014 Ayacucho**
Fecha	29.09.2015
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponente	José Antonio Neyra Flores
Tema	La violencia en el delito de usurpación por turbación se ejerce tanto sobre personas como sobre las cosas
Doctrina jurisprudencial vinculante	ff. jj. n.os 10 y 11
Concordancia	Código Penal: art. 202.3

SUMILLA:
La violencia en el delito de usurpación por turbación de la posesión se ejerce tanto sobre las personas como sobre las cosas, por lo que los jueces de todo el país deben seguir este criterio vinculante a los casos anteriores a la vigencia de la Ley número treinta mil setenta y seis.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 56-2014
AYACUCHO

Lima, veintinueve de septiembre del dos mil quince

VISTOS: En audiencia pública; el recurso de casación interpuesto por el señor fiscal adjunto superior, contra la sentencia de vista expedida por la Sala Mixta Descentralizada Transitoria de Puquio de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, de fojas ciento veintitrés del cuaderno de debate, del veintiséis de noviembre del dos mil trece, que revocó la sentencia condenatoria de primera

instancia, de fojas setenta y uno, del dieciocho de junio del dos mil trece, que condenó a Jorge Cipriano Ccoillo Polanco como autor del delito contra el patrimonio—usurpación agravada, en perjuicio de Valbina Quispe de Condori, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida y fijó en mil soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la parte agraviada y reformándola, lo absolvió de los cargos de la acusación fiscal, con lo demás que contiene.

Interviene como ponente el señor juez supremo José Antonio Neyra Flores.

ANTECEDENTES

Primero. Por disposición del ocho de agosto del dos mil doce, el fiscal emitió requerimiento acusatorio, obrante a foja uno, contra Jorge Cipriano Ccoillo Polanco por la comisión del delito contra el patrimonio—usurpación agravada (turbación de la posesión), en perjuicio de Valbina Quispe de Condori; y solicita se le imponga cuatro años de pena privativa de libertad y fije una reparación civil de mil soles.

Segundo. Producida la audiencia preliminar, el dieciséis de octubre del dos mil doce, continuando el doce del mismo mes y año, por resolución de la misma fecha el Juzgado de Investigación Preparatoria de Lucanas—Puquio, declaró la validez formal de la acusación y el dieciocho de octubre del dos mil doce dictó auto de enjuiciamiento contra Jorge Cipriano Ccoillo Polanco por la comisión del delito contra el patrimonio—usurpación agravada (turbación de la posesión), en perjuicio de Valbina Quispe de Condori, delito previsto en el inciso tres del artículo doscientos cuatro, concordado con el inciso tres del artículo doscientos dos del Código Penal.

Tercero. Mediante resolución del veintiocho de diciembre del dos mil doce, de fojas veinticuatro, el Juzgado Penal Unipersonal de la Provincia de Lucanas emitió resolución de citación a juicio oral, que se fijó para el veintisiete de marzo del dos mil doce, a las diez horas y se reprogramó, por resolución catorce de mayo del dos mil trece, para el seis de junio del dos mil trece.

Cuarto. A fojas sesenta y uno obra el índice de registro de audiencia de juicio oral con la fecha indicada, dándose así inicio a las sesiones de la audiencia de juicio oral, continuándose el dieciocho del mismo mes y año.

Quinto. Mediante sentencia del dieciocho de junio del dos mil trece, obrante a fojas setenta y uno, se resolvió condenar a Jorge Cipriano Ccoillo Polanco como autor del delito contra el patrimonio—usurpación agravada, en perjuicio de Valbina Quispe de Condori, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida y fijó en mil soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la parte agraviada.

Sexto. Apelada esta resolución y concedido el recurso, no se ofrecieron nuevos medios de prueba para su actuación en sede de apelación.

Séptimo. El cinco de noviembre del dos mil trece se inició la audiencia de apelación, tomándose la declaración del acusado, se continuó el doce del mismo mes y año, en el que se oralizó documentos, suspendiéndose para el veintiséis de noviembre del mismo año.

Octavo. Por sentencia de vista del veintiséis de noviembre del dos mil trece, obrante a fojas ciento veintitrés, se resuelve revocar la sentencia de primera instancia que condenó a Jorge Cipriano Ccoillo Polanco como autor del delito contra el patrimonio—usurpación agravada, en perjuicio de Valbina Quispe de Condori y reformándola: lo absolvió de los cargos de la acusación fiscal, con lo demás que contiene.

Noveno. El representante del Ministerio Público interpuso recurso de casación contra la sentencia de vista —ver fojas ciento treinta y uno—, el mismo que fue concedido por resolución del veinte de diciembre del dos mil trece, obrante a fojas ciento cuarenta.

Décimo. Cumplido el trámite de traslados a los sujetos procesales por el plazo de diez días, se emitió la Ejecutoria Suprema de calificación de casación del treinta y uno de octubre del dos mil catorce, que declaró bien concedido el recurso de casación.

Décimo primero. Producida la audiencia de casación, deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, corresponde pronunciar la presente sentencia casatoria que se leerá en audiencia pública —con las partes que asistan—, en concordancia de los artículos cuatrocientos treinta y uno, apartado cuatro, y artículo cuatrocientos veinticinco, inciso cuatro del Código Procesal Penal, el día seis de octubre del dos mil quince, a horas ocho y cuarenta y cinco de la mañana.

CONSIDERANDOS

1. Aspectos generales

Primero. Conforme a la Ejecutoria Suprema del treinta y uno de octubre del dos mil catorce —calificación de casación—, obrante a fojas treinta y tres del cuadernillo formado en esta instancia, el motivo de casación admitido está referido a la causal de: ***i)*** Si la sentencia ha sido expedida con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías, ***ii)*** Si la sentencia incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad —incisos uno y dos del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal—; asimismo, ha sustentado la procedencia de dicho recurso en

el supuesto establecido en el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del citado cuerpo legal, que señala *"...Excepcionalmente, será procedente el recurso de casación en casos distintos de los arriba mencionados, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial..."*.

Segundo. Como hechos imputados se tiene:

A) La agraviada Quispe de Condori se encontraba en posesión previa de un terreno urbano ubicado en el jirón Santa Rosa s/n del anexo de Santa Ana del distrito de Aucará de la provincia de Lucanas del departamento de Ayacucho, que tiene un área de sesenta y tres mil metros cuadrados aproximadamente, transferido a través de un contrato de compraventa por parte del procesado Ccoillo Polanco a favor de su primo difunto Ramón Condori Ccoillo, esposo de la agraviada, lugar donde conjuntamente con su esposo en mil novecientos ochenta construyeron una casa, habiendo vivido desde esa fecha sin problemas.

B) Sin embargo, el mencionado procesado quiso desconocer dicho contrato de compraventa, al enterarse que se quemó al interior del domicilio y perturbó la posesión el diez de octubre del dos mil ocho, cuando le dijo a la agraviada que debía un saldo por la compraventa del terreno, procediendo a destruir las cerraduras, colocando un candado en la puerta principal del domicilio, impidiendo el ingreso normal, llegando a arrendar dicho predio al presidente de la Comunidad Campesina de Santa Ana, que a su vez arrendó a la Empresa Constructora ENADES.

C) Luego, el doce de febrero del dos mil diez, cuando se encontraba en la vivienda el inquilino de la agraviada, Cristóbal Meléndez Díaz, con su familia, el procesado violentó las cerraduras de la chapa principal de la casa vivienda, para colocar posteriormente dos candados, impidiendo el normal ingreso, atemorizando al inquilino antes mencionado. Estos actos se vienen dando de forma constante y sistemática, la última vez ocurrió en el mes de agosto del dos mil once, cuando volvió a romper los candados de la puerta, para luego sacar del interior de la casa las cosas y otros enseres que pertenecía a la agraviada.

Tercero. El Juzgado Penal Colegiado condenó al procesado sobre la base que se acreditó que a través de violencia procedió a irrumpir las cerraduras del predio del jirón Santa Rosa, anexo de Aucará, procediendo a cambiar las cerraduras del predio y alquilarlo a la Comunidad para que guarde sus pertenencias.

Cuarto. La Sala de Apelaciones para revocar la condena y absolver al acusado indicó que: i) En su declaración ampliatoria la agraviada manifestó que en el mes de octubre del dos mil ocho se encontraba

por Huanacopampa, ahí tomó conocimiento que su casa había sido violentada. Cuando se constituyó al inmueble verificó que la puerta estaba cerrada con candado, que incluso lo había alquilado a la empresa ENADES, por lo que no es posible que el imputado Ccoillo Polanco haya podido amenazar a la agraviada, al no haber existido proximidad física entre ellos, apreciándose que el imputado ya habría despojado de la posesión a la agraviada, por lo que no se configura el ilícito, ii) No se corroboró que el encausado haya ejercido amenaza contra la agraviada; pues al narrar los hechos ocurridos en el mes de febrero de dos mil diez, precisó que cuando se encontraba en la casa de su hija Nancy Condori Quispe fue avisada por Cristóbal Meléndez López que el imputado estaba cerrando su puerta con candado, inmediatamente se constituyó a su domicilio encontrándolo con un candado, le reclamó y él huyó del lugar. En el mes de agosto del dos mil once se encontraba en la iglesia y al ser informada por un vecino que el imputado estaba rompiendo sus candados con una barreta, se fue y lo encontró sacando sus cosas del interior de la casa, la agraviada tomo del hombro al imputado reclamándole, este le respondió en castellano, por lo que tuvo que soltarlo. No habiendo mencionado la agraviada en qué consistían las amenazas del que fue víctima. Además, la afirmación que "existe un saldo por la compraventa del terreno", no es idónea ni eficaz para considerar que haya logrado intimidar a la agraviada. Más cuando conforme a lo vertido por la agraviada y testigos el acusado aprovechaba la ausencia de la agraviada para perturbar la posesión que ejercía, por lo que solo es un conflicto de naturaleza civil, iii) En cuanto a que en el mes de agosto de dos mil once el acusado vuelve a romper los candados de la puerta y sacar cosas y otros enseres de la agraviada, se tiene que existe solo la sindicación de la agraviada y de sus inquilinos, la que es insuficiente para emitir una sentencia condenatorio, más cuando dicha acción no fue constatado por autoridad local.

Quinto. El señor Fiscal Superior al interponer su recurso de casación, argumentó: i) Solicita que la Corte Suprema emita pronunciamiento respecto a que se determine si la violencia a la que alude el inciso dos artículo doscientos dos del Código Penal, debe recaer solo sobre las personas, o si se debe hacer extensivo también a las cosas (bienes), ii) El Colegiado Superior incurrió en un inadecuado razonamiento al fundamentar su decisión únicamente en el supuesto que no se habría acreditado la concurrencia de la amenaza como medio típico, sin analizar la efectiva concurrencia de la violencia, aspecto que fue el sustento de la decisión condenatoria de primera instancia, iii) Existiría una evidente incongruencia entre los términos de la sentencia condenatoria dictada en primera instancia, con aquello que fue el sustento de la absolución

dispuesta por la Sala Mixta Descentralizada Transitoria de Puquio de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho.

2. La violencia en el delito de turbación de la posesión

Sexto. Al momento de los hechos, el artículo doscientos dos del Código Penal reprimía el delito de usurpación, con una pena de uno a tres años, bajo tres modalidades: i) Alteración de linderos, al apropiarse de todo o parte de un inmueble, destruyendo o alterando los linderos del mismo, ii) Por violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza, al despojar a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real, iii) Con violencia o amenaza, turbar la posesión de un inmueble.

Modalidad del delito de usurpación

Este articulado fue modificado por la Ley número treinta mil setenta y seis, del diecinueve de agosto del dos mil trece, incrementando el margen punitivo con una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años, incorporando un nuevo supuesto de hecho sancionado: Ilegítimamente, ingresar a un inmueble, mediante actos ocultos, en ausencia del poseedor o con precauciones para asegurarse el desconocimiento de quienes tengan derecho a oponerse. Además, acaba con el debate doctrinal y jurisprudencial referente a que el medio comisivo "violencia" en los incisos dos y tres del artículo doscientos dos del Código Penal, se ejerce tanto sobre las personas sobre los bienes.

Ley N.° 30076: la violencia se ejerce tanto sobre personas como sobre bienes

Séptimo. Sin embargo, esta se aplica desde su puesta en vigencia, el veinte de agosto del dos mil trece, los casos anteriores, por el principio de aplicación inmediata de la ley, se siguen juzgando con la anterior que no había definido este aspecto, por lo que corresponde hacerlo por vía jurisprudencial.

Vigencia de la Ley N.° 30076 y aplicación

Octavo. El antecedente de nuestro tipo penal de usurpación es el artículo ciento ochenta y uno del Código Penal argentino que sanciona a quien: 1° Por violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad despojare a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes. 2° Para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterare los términos o límites del mismo. 3° Con violencias o amenazas, turbare la posesión o tenencia de un inmueble.

Antecedente legislativo argentino del tipo penal

Noveno. Redacción similar a la nuestra y que, como reconoce la Casación número doscientos cincuenta y nueve —dos mil trece— Tumbes, del veintidós de abril del dos mil catorce, soporta su doctrina

y jurisprudencia, que pacíficamente ha aceptado que la violencia a la que se refiere el tipo penal puede recaer tanto sobre las personas como cosas[1].

"Violencia sobre las cosas" en el Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua

Décimo. Esto es así también en el ordenamiento jurídico nacional, pues como señaló el Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, realizado el veintiuno de junio del dos mil cinco: "la violencia también puede darse sobre las cosas que posee la víctima, aun cuando en el momento del despojo esta no se encuentre presente, pues la violencia en estos casos está constituida por los actos que realice el agente para evitar que la víctima recobre su posesión (...) sostener lo contrario equivaldría a que el agente busque el momento propicio en que la víctima no se encuentra presente para realizar el acto de desposesión, con lo cual se produciría la impunidad permanente del delito", criterio que se aplica a la turbación de la posesión.

"Violencia sobre las cosas" en la doctrina jurisprudencial anterior

Décimo primero. A mayor abundamiento, la casación número doscientos setenta y tres-dos mil doce-Ica, del veintinueve de mayo del dos mil catorce, estableció como doctrina jurisprudencial que el restringir el medio comisivo a la persona física que posee el bien inmueble no es acorde con la finalidad de la norma pues permitiría que aquel que destruye los accesos o seguros para el acceso del inmueble para turbar la posesión del mismo quede fuera del alcance punitivo de la norma penal, cayendo en el absurdo de no considerar como turbador de la posesión a quien destruye la puerta de ingreso, el candado, las cerraduras, etc. So pretexto que la violencia que turba la posesión sólo puede ser ejercida contra las personas. Consecuentemente, debe entenderse que aún antes de la modificatoria por vía legislativa, la violencia a la que hace referencia el inciso tres del artículo doscientos dos del Código Penal puede ser ejercida tanto contra personas como contra objetos o cosas integrantes del inmueble de modo que se turbe la posesión del mismo.

"Violencia sobre las cosas" como criterio vinculantes

Décimo segundo. Estando a que claramente la norma que recoge el delito de usurpación por turbación de la posesión se refiere a una violencia tanto sobre las personas como sobre las cosas, los jueces de todo el país deben seguir este criterio vinculante a los casos anteriores a la vigencia de la Ley número treinta mil setenta y seis, pues por interpretación histórica (antecedente argentino y los pronunciamientos

1 *Vide*: CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo I, Sexta edición, Astrea, Buenos Aires, 1998, pp. 559 y 560. DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la propiedad.* Segunda edición. Rubinzal Culzoni editores, Buenos Aires, 2008, p. 821. CONSOLI, José. *Usurpación de inmuebles.* Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1997, p. 51.

del Pleno Jurisdiccional Superior y dos casaciones citadas) y teleológica esta es la solución que se prefiere para evitar lagunas absurdas de punibilidad.

3. Análisis del caso

Décimo tercero. Se acreditó que el procesado a través de violencia procedió a destruir las cerraduras del predio del jirón Santa Rosa, anexo de Aucará, asimismo, a cambiar las cerraduras del predio y alquilarlo a la Comunidad citada para que guarde sus pertenencias.

Destrucción de cerraduras del predio

Décimo cuarto. Este delito no implica el despojo, sino la realización de actos de perturbación del normal use y disfrute del *ius possesionis* por parte del autor, por lo que el bien jurídico lo constituye el ejercicio efectivo del derecho real de posesión que ve mermado su desarrollo[2]. Habiéndose acreditado estos actos de cambio de cerraduras, que se realizaron mediando violencia, el ilícito se habría configurado, pese a ello el acusado fue absuelto al interpretarse erróneamente que la violencia que señala la norma solo se ejerce contra las persona y no los bienes, como indicamos.

Actos de perturbación del normal use y disfrute del *ius possesionis*

Décimo quinto. De ahí que este supuesto cabría en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal (Errónea interpretación de la Ley penal) y no el inciso dos (inobservancia de normas de carácter procesal).

Errónea interpretación de la ley penal

Décimo sexto. No obstante este constituye un error de derecho que podría llevar a una decisión casatoria sin reenvío, se advierte que existen serias deficiencias en la sentencia de vista, pues pese a que no se actuó prueba alguna se cambió el valor probatoria de la prueba personal, como se advirtió en el considerando cuarto, en ese sentido, los cuestionamientos probatorios implican un nuevo juicio de apelación para subsanarlos.

Décimo séptimo. Además, existe una falta de motivación, por cuanto para absolver al procesado se dejó de lado que la norma no solo sanciona la violencia contra las personas, sino también sobre las cosas, centrando su análisis en la falta del elemento amenaza. En este caso se advierte una motivación aparente que, como señala el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente número setecientos veintiocho-dos mil ocho-PHC/TC, de trece de octubre del dos mil ocho, se da en casos en los cuales el juez solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato de motivación, amparándose en frases sin ningún sustento táctico o jurídico.

Motivación aparente en la sentencia absolutoria

2 Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo II. Idemsa, Lima, 2011, p. 497.

Décimo octavo. Es claro que la sentencia recurrida afectó el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, por lo que corresponde realizar nuevamente una audiencia de apelación que dé lugar a un nuevo fallo de vista, a partir de la integración de un nuevo Colegiado, puesto que la estimación del recurso de casación solo trae consigo un juicio reincidente —inciso primero del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal—.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el señor fiscal adjunto superior, contra la sentencia de vista expedida por la Sala Mixta Descentralizada Transitoria de Puquio de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, de fojas ciento veintitrés del cuaderno de debate, del veintiséis de noviembre del dos mil trece, que revocó la sentencia condenatoria de primera instancia, de fojas setenta y uno, del dieciocho de junio del dos mil trece, que condenó a Jorge Cipriano Ccoillo Polanco como autor del delito contra el patrimonio—usurpación agravada, en perjuicio de Valbina Quispe de Condori, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida y fijó en mil soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la parte agraviada y reformándola: lo absolvió de los cargos de la acusación fiscal, con lo demás que contiene. En consecuencia: **NULA** la citada sentencia de vista del veintiséis de noviembre de dos mil trece, obrante a fojas ciento veintitrés.

II. ORDENARON que la Sala de Apelaciones correspondiente, integrada por otro Colegiado, cumpla con dictar nueva sentencia, previa audiencia de apelación con las formalidades correspondientes, atendiendo a la parte considerativa de la presente Ejecutoria.

III. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por intermedio de la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

IV. ESTABLECER como doctrina jurisprudencial vinculante el sentido de los fundamentos décimo y décimo primero de la parte considerativa de la presente ejecutora.

V. ORDENARA se transcriba la presente Ejecutoria a las Cortes Superiores en las que rige el Código Procesal Penal, para su conocimiento y fines, y se publique en el diario oficial *El Peruano*.

VI. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelvan los autos al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

S.S. VILLA STEIN /RODRÍGUEZ TINEO /PARIONA PASTRANA /NEYRA FLORES /LOLI BONILLA

2.
CASACIÓN N.º 259-2013-TUMBES
EL EJERCICIO DE LA VIOLENCIA SOBRE LAS PERSONAS COMO SOBRE LOS BIENES EN EL DELITO DE USURPACIÓN

Casación	**N.º 259-2013-Tumbes**
Fecha	22.04.2014
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponente	Javier Villa Stein
Tema	El ejercicio de la violencia sobre las personas como sobre los bienes en el delito de usurpación en modalidad de despojo
Doctrina jurisprudencial vinculante	f. j. n.° 4
Concordancia	Código Penal: art. 202.2

SUMILLA:
Este Supremo Tribunal considera que debe entenderse que [...] la violencia a la que hace referencia el inciso 2, del artículo 202 del Código Penal, puede ser ejercida contra las personas como contra los bienes integrantes del inmueble de modo que con ella se despoje de la posesión del mismo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N.º 259-2013
TUMBES

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintidós de abril del dos mil catorce

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación concedido para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, interpuesto por el representante del Ministerio Público, contra la resolución del diecisiete de noviembre del dos mil once, obrante a fojas quinientos nueve, en el extremo que confirmó la resolución del diecinueve de septiembre del dos mil once, de fojas cuatrocientos veinticinco, que declaró fundado el requerimiento de sobreseimiento a favor de Ernesto David Gamboa Dios, por el delito contra el Patrimonio, en la modalidad de Usurpación, en agravio de Aurelia Acuña Suárez, interviene como ponente el señor Juez Villa Stein.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. ITINERARIO DE LA CAUSA EN PRIMERA INSTANCIA

1.1. Que, el encausado Gamboa Dios fue procesado penalmente con arreglo al nuevo Código Procesal Penal. El señor Fiscal Provincial de la Fiscalía Mixta Corporativa de Contralmirante Villar, mediante requerimiento del cinco de abril de dos mil once –folios uno a diecinueve–, formuló acusación en su contra, como auto del delito contra el Patrimonio – Usurpación, en perjuicio de Aurelia Acuña Suarez, previsto en el inciso 2, del artículo 202 del Código Penal, y como autor delito contra la administración pública, en la modalidad de abuso de autoridad, en agravio de Aurelia Acuña Suárez y la Municipalidad Provincial de Contralmirante Villar, previsto en el primer párrafo del artículo 376 del Código Penal.

1.2. El señor Juez de Investigación Preparatoria llevó a cabo la audiencia de control de la acusación –conforme se advierte del acta del veintitrés de junio de dos mil once, obrante a fojas ciento cuarenta y nueve–.

1.3. Seguido el juicio de primera instancia, se dictó el auto del diecinueve de septiembre de dos mil once –véase folios doscientos sesenta y tres y cuatrocientos veinticinco–, que declaró de oficio el sobreseimiento de la causa por la supuesta comisión del ilícito penal contra el patrimonio en la modalidad de Usurpación y de la presunta comisión del delito contra la administración pública, en la modalidad de abuso de autoridad.

1.4. El Fiscal Provincial y la parte civil interpusieron recurso de apelación mediante escritos de folios doscientos sesenta y nueve y doscientos setenta y tres. Dichos recursos fueron concedidos mediante auto del veintinueve de septiembre de dos mil once, de folios doscientos ochenta y ocho.

II. DEL TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

2.1. Culminada la fase de traslado de la impugnación, la Sala Superior Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, emplazó a las partes a fin de que concurran a la audiencia de apelación de auto, que se realizó el quince de noviembre de dos mil once –véase fojas trescientos dieciséis–, la misma que se continuó el día diecisiete de noviembre del mismo año, fecha en la que el Tribunal de Apelación cumplió con emitir y leer en audiencia pública la resolución cuestionada, tal como se aprecia a fojas trescientos veinte y quinientos nueve.

2.2. El auto de vista recurrida en casación confirmó la de primera instancia en el extremo que declaró fundado el requerimiento de sobreseimiento de la causa, a favor de Ernesto David Gamboa Dios, por la presunta comisión del delito contra el Patrimonio, en la modalidad de Usurpación, previsto en el artículo 202, numeral 2 del Código Penal y declaró nula la citada resolución en cuanto resolvió sobreseer la causa contra el procesado Ernesto David Gamboa Dios, por

la presunta comisión del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de abuso de autoridad, contenido en el artículo 376 del Código Penal, en agravio de Aurelia Acuña Suárez y la Municipalidad de Contralmirante Villar, disponiendo la realización de nueva audiencia de control respecto a dicho extremo.

III. DEL TRÁMITE DEL RECURSO DE CASACIÓN PLANTEADO POR EL REPRESENTANTE EL MINISTERIO PÚBLICO

3.1. Leído el auto de vista, el señor Fiscal Superior formuló recurso de casación correspondiente mediante escrito de los folios cuatrocientos ocho, en el extremo que confirmó el sobreseimiento en el proceso que se le sigue a Ernesto David Gamboa Dios, por la presunta comisión del delito contra el Patrimonio, en la modalidad de Usurpación, previsto en el artículo 202, numeral 2 del Código Penal; sin embargo, fue desestimado conforme es de verse de la resolución del doce de diciembre del dos mil once, de fojas cuatrocientos cincuenta y cinco.

3.2. Mediante escrito del veintidós de diciembre del dos mil once, de folios cuatrocientos cuarenta y nueve, el accionante interpuso recurso de queja contra la aludida resolución, y mediante Ejecutoria Suprema del cuatro de junio de dos mil doce, de folios quinientos veinticuatro, se declaró fundado dicho recurso y se ordenó que la Sala de Fallo conceda el recurso de casación deducido, elevándose la causa a este Supremo Tribunal.

3.3. Cumplido el trámite de traslado a los sujetos procesales por el plazo de diez días, esta Suprema Sala Penal mediante Ejecutoria Suprema del doce de diciembre del dos mil trece –de folios trece del cuaderno formado en esta instancia–, en su facultad de corrección, admitió el trámite del recurso.

3.4. Se realizó la audiencia conforme se aprecia del folio diecinueve del cuaderno formado en esta Suprema instancia, quedando la causa expedita para emitir decisión.

3.5. Deliberada la causa en secreto y votada en la fecha, esta Suprema Sala Penal cumple con emitir la presente sentencia, cuya lectura se llevará a cabo en audiencia pública, el quince de mayo del dos mil catorce, a las ocho horas con treinta minutos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: análisis jurídico fáctico del caso sub materia

1.1. Del ámbito de la casación: En el auto de calificación del doce de diciembre del dos mil trece, obrante a fojas trece del cuaderno formado en esta Suprema instancia, se subraya como interés casacional "el desarrollo de la doctrina jurisprudencial a efectos de establecer si la violencia a la que se refiere el delito de usurpación, y que es ejercida

por el agente infractor, debe recaer necesariamente sobre la persona o contra sus bienes".

1.2. Los agravios admitidos que invoca son: El casacionista amparó su recurso en la causal contenido en el inciso 3, del artículo 429 del Código Procesal Penal, específicamente para establecer si la resolución importa una errónea interpretación de la ley penal, toda vez que: **a)** considera que la Sala Penal ha incurrido en error al interpretar el tipo penal previsto en el artículo 202, inciso 2 del código Sustantivo, pues estableció que debe interpretarse restrictivamente el delito de usurpación, estableciendo que "el empleo de violencia debe estar orientada hacia la propia víctima a fin de doblegar su voluntad, es decir, que la violencia a la que alude el artículo 202º del Código Penal, debe ser entendida como violencia física empleada sobre las personas [...]; por tanto, cuando la violencia es empleada sobre las cosas, ya sea por la rotura de cerraduras de puertas, de ventanas, de linderos, entre otros, ello converge sólo en un medio para hacer efectivo el despojo", lo cual es contradictorio con lo estipulado en el Pleno Jurisdiccional del distrito Judicial de Moquegua - 2005, que establece: "Que en el despojo, la violencia del agente infractor puede ser ejercida contra los bienes o la persona, y que no necesariamente debe encontrarse presente el agraviado para que se configure el delito"; **b)** La Corte Suprema debe pronunciarse respecto a si la violencia a que se refiere el artículo 202º, inciso 2 del Código Penal, debe ser ejercida contra la persona o contra el inmueble que se va a usurpar, para que se configure el tipo penal; y **c)** Por último, se debe enfatizar que se pretende una correcta interpretación del derecho objetivo, pues sobre el tema en debate, no existe desarrollo de la doctrina jurisprudencial y es necesario esclarecer cual debe ser el criterio que se adopte al momento de calificar un hecho como usurpación tipificada en el artículo 202, inciso 2 de la norma penal sustantiva.

2. Del pronunciamiento de la Sala de Apelación

El Tribunal Superior, mediante resolución del diecisiete de noviembre del dos mil once, obrante a fojas quinientos nueve, confirmó la resolución de primera instancia, en el extremo que declaró fundado el requerimiento de sobreseimiento de la causa, a favor de Ernesto David Gamboa Dios, por la presunta comisión del delito contra el Patrimonio - Usurpación, en agravio de Aurora Acuña Suárez, al considerar que:

"Este Colegiado Superior expresa que efectivamente, en diversos funcionamientos se ha adoptado el criterio de que en el delito de usurpación contenido en el artículo 202, inciso 2) del Código Penal, debe ser entendida, como la violencia física empleada sobre las personas,

implicante a un despliegue de energía, para anular la capacidad de decisión y resistencia de la víctima o de las víctimas: por tanto, cuando la violencia es empleada sobre las cosas, ya sea por la rotura de cerraduras de puertas, de ventanas, de linderos, entre otros, ello converge sólo en un medio para hacer efectivo el despojo; siendo que bajo este parámetro, no toda conducta resulta reprochable penalmente, pues cuando se produce un conflicto de intereses, como en el presente caso, los que se consideran afectados tiene un abanico de posibilidades en la vía extrapenal a fin de lograr la satisfacción de su pretensión. Por tal consideración, estando a los argumentos expuestos por los impugnantes, en el sentido que el imputado para despojar de la posesión a la agraviada, empleó la violencia físico contra la cerradura de la puerta del local que poseía, estos no se enmarcan dentro de los alcances del delito de usurpación, contenido en el artículo 202°, inciso 2 del Código Penal".

3. Del motivo casacional: Para el desarrollo de doctrina jurisprudencial:

En el presente caso, este Tribunal de casación establece que existe interés casacional para el desarrollo de doctrina jurisprudencial por la causal prevista en el inciso 3, del artículo 429° del Código Procesal Penal, el mismo que guarda conexidad con el inciso 4, del artículo 427° del mismo cuerpo legal, a efectos de ' establecer sí el tipo penal de usurpación, contempla como medio comisivo la violencia ejercida sobre los bienes y las personas o únicamente a las personas, para la configuración del despojo del derecho de posesión, tenencia o ejercicio de un derecho real sobre el inmueble; para ello se efectuarán algunas precisiones a fin de uniformizar los criterios divergentes de los Magistrados que conforma los órganos jurisdiccionales encargados de la aplicación del tipo penal antes referido.

4. Análisis del caso concreto:

4.1. En el presente caso, se le imputa a Ernesto David Gamboa Dios, en su calidad de Gerente Municipal de la Municipalidad Provincial de Contralmirante Villar, la comisión de los delitos de abuso de autoridad, en agravio de Aurelia Acuña Suárez y del Estado –Municipalidad Provincial de Contralmirante Villar– y Usurpación, en agravio de Aurelia Acuña Suárez, en relación a que el día veintinueve de abril del dos mil diez, siendo las ocho horas con treinta minutos, con apoyo de efectivos de serenazgo y con presencia de la Notaria de la Provincial de Contralmirante Villar, se constituyó en el inmueble ubicado en la avenida Grau N.° 524 - Zorritos, ordenando el descerraje e ingresando para según manifiesta recuperar un "local municipal abandonado",

disponiendo que los bienes que se encontraban al interior del inmueble sean guardados en la cochera municipal de la Municipalidad Provincial de Contralmirante Villar, bienes de propiedad de la agraviada Aurelia Acuña Suárez, quien era posesionaria del inmueble en mérito a un contrato de alquiler con la comuna con una antigüedad de doce años aproximadamente y pese a tener conocimiento de su domicilio real nunca recibió notificación alguna sobre la acción realizada.

4.2. Conducta que es subsumida por la parte acusadora en el inciso 2, del artículo 202 del Código Penal, que al momento de la realización de los hechos materia de imputación rezaba:

> **"Artículo 202.** Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años:
>
> 1. El que, para apropiarse de todo o parte de un inmueble, destruye o altera los linderos del mismo.
>
> 2. El que, por violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza, despoja a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real.
>
> 3. El que, con violencia o amenaza, turba la posesión de un inmueble"[1].

¿Violencia sobre los bienes y personas, o solamente sobre las personas?

4.3. En el presente caso, debemos establecer si el tipo penal de usurpación, contemplado en el inciso 2, del artículo 202 del Código Sustantivo, contempla como medio comisivo la violencia ejercida sobre los bienes y las personas o únicamente contempla a las personas como pasibles de recibir la violencia, para la configuración del despojo del derecho de posesión, tenencia o ejercicio de un derecho real sobre el inmueble.

4.4. Siendo así, este Supremo Tribunal precisará conceptos relativos al tipo penal de usurpación; en primer lugar, el bien jurídico tutelado es el pacífico y tranquilo disfrute de un bien inmueble, entendido como ausencia de perturbación en el ejercicio de la posesión o de cualquier otro derecho real sobre el mismo, en este último caso, siempre implica que la víctima esté en posesión del inmueble. Si no hay posesión o

1 A la fecha en que esta ejecutoria es redactada, la violencia ejercida sobre los objetos o cosas definitivamente configuran el tipo penal sin lugar a dudas gracias a la modificatoria del artículo 202º del Código Penal (modificado por el artículo 1º de la Ley N.º 300076, del 19 de agosto de 2013). No obstante, en atención a la incógnita que nos ocupa será menester determinar su si esta variación legislativa amplió el margen de punibilidad de la norma o si simplemente aclara el tipo penal a fin de evitar una errónea interpretación de la norma, como el del presente caso.

simple tenencia comprobada objetivamente no hay delito de usurpación; asimismo, debe tenerse presente que: **a)** el sujeto activo, puede ser cualquier persona, incluso el verdadero propietario del bien inmueble, en el supuesto que haya entregado en posesión de su inmueble a un tercero y después haciendo uso de los medios típicos de usurpación despoja o perturba el tranquilo disfrute de aquel tercero sobre el inmueble; **b)** el sujeto pasivo, puede ser cualquier persona con la única condición que al momento de la ejecución del delito, esté gozando de la posesión mediata o inmediata o tenencia del mueble o en su caso, gozando del ejercicio normal de un derecho real, lo cual implica necesariamente posesión o tenencia sobre el inmueble[2]; **c)** la acción típica es la de despojar, lo cual tiene un sentido de quitar, de sacar de la ocupación, de impedir la ocupación del inmueble total o parcialmente, por parte del sujeto pasivo; puede darse, por consiguiente, desplazando al tenedor, poseedor o ejercitador del derecho real que se trate, del lugar que constituye el inmueble u oponiéndose a que aquél continúe realizando los actos propios de su ocupación, tal como los venía ejecutando; pero para que la acción de despojo resulte típica tiene que perpetrársela por alguno de los medios taxativamente enunciados en la ley. Uno de esos medios para consumar el despojo es la "violencia" o fuerza física que el agente despliega sobre las personas para vencer la resistencia que oponen o impedir la que pueden oponer a la ocupación que aquél procura, pero también comprende la fuerza que despliega sobre las bienes que le impiden o dificultan la penetración invasiva o el mantenimiento de su ocupación exclusiva (p. ej., cambiar las cerraduras)[3].

Bien jurídico tutelado

Sujeto activo

Sujeto pasivo

Acción típica

4.5. Dicha opinión es compartida por los Jueces del distrito judicial de Moquegua, quienes en el Pleno Jurisdiccional distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, realizado el 21 de junio de 2005, incluso sostuvieron que: "la violencia también puede darse sobre las cosas que posee la víctima aun cuando en el momento del despojo este no se encuentre presente, pues la violencia en estos casos está constituida por los actos que realice el agente para evitar que la víctima recobre su posesión [...], y sostener lo contrario equivaldría a que el agente busque el momento propicio en que la víctima no se encuentra presente para realizar el acto de desposesión, con lo cual se produciría la impunidad permanente del delito". En la misma línea, los señores Jueces Superiores, que participaron en el Pleno Jurisdiccional Nacional Penal, que se realizó

Empleo de violencia o fuerza física

2 SALINAS SICCHA, Ramiro, *Derecho penal. Parte especial*, 2.ª ed., Lima: Iustitia/Grijley, 2007, pp. 1145 y ss.

3 CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, t. I, Buenos Aires: Astrea, 6.ª ed., 1998, pp. 559-560.

Violencia sobre las cosas

en la ciudad de Arequipa, el 17 de noviembre del 2012, concluyeron que una interpretación sistemática del artículo 202, inciso 2 del Código Sustantivo, referido a los delitos contra el Patrimonio, informa que los actos de violencia se pueden dar tanto sobre la persona como sobre la cosa, o que la realidad social informa que el delito de usurpación se produce en noventa por ciento de los casos cuando el posesionario o tenedor del inmueble no se encuentra presente. Añade, que una cabal interpretación del principio de prevención especial y general exige decisiones judiciales con mensajes sociales claros que se orientan a disuadir el delito de usurpación que tiene un índice elevado en la realidad social. A mayor abundamiento, sostienen que si el legislador hubiera querido excluir la violencia contra los bienes en la usurpación en la modalidad de despojo, hubiera utilizado la frase "violencia contra las personas", tal como lo consignó en el artículo 188 del Código Penal. Además, se indicó que la fuente del artículo 202 del Código Penal peruano es el Código Penal argentino, cuya doctrina y jurisprudencia pacíficamente acepta que la violencia puede ser sobre las personas y las cosas, finalmente, sostiene que dicha interpretación es acorde con los principios de lesividad y fragmentariedad, toda vez que: **i)** lo que ocurre en la realidad, da cuenta que la gran mayoría de usurpaciones en el Perú empiezan con una agresión sobre la cosa; **ii)** El principio de taxatividad, pues el legislador no ha exigido que se encuentre presente en el inmueble el posesionario, incluso el mismo principio de lesividad, se ve desbordado con este accionar, por la violencia sobre la cosa genera concurso de delitos, como: daños, lesiones, incendio y otros estragos, entre otros. Es más, acredita una amenaza sobre la salud y tranquilidad a la persona, no se va esperar una lesión corporal, para recién considerar vulnerado el principio de lesividad.

Interpretación del principio de prevención especial y general

4.6. En ese sentido, si lo que se busca criminalizar mediante la tipificación del artículo 202 del Código Penal, son conductas violentas realizadas para despojar de la posesión al sujeto pasivo, el restringir el medio comisivo a la persona física el bien inmueble no armoniza con la finalidad de la norma, pues permitiría que aquel que destruye las puertas o seguros del acceso al inmueble para despojar de la posesión del mismo quede fuera del alcance punitivo de la norma penal, cae en el absurdo de no considerar como parte para el despojo de la posesión a quien destruye la puerta de ingreso, el candado, las cerraduras, etc., bajo el pretexto de que la violencia para despojar de la posesión solo puede ser ejercida contra las personas. Por lo tanto, este Supremo Tribunal considera que debe entenderse que aún antes de la modificatoria legislativa, la violencia a la que hace referencia el inciso 2, del artículo 202 del Código Penal, puede ser ejercida contra las personas como

El artículo 202 se inspiró en el Código Penal argentino

contra los bienes integrantes del inmueble de modo que con ella se despoje de la posesión del mismo.

Finalidad de la norma

4.7. Finalmente, en el caso que nos ocupa, el Tribunal de Apelación de Tumbes afirma que el empleo de la violencia debe estar orientada hacia la propia víctima, a fin de doblegar su voluntad, es decir que la violencia a la que alude artículo 202 del Código Penal debe ser entendida como la violencia física empleada sobre las personas, para anular la capacidad de decisión y resistencia de la víctima o de las víctimas; por tanto, sostiene que el encausado al emplear violencia física contra la cerradura de la puerta del local, no se enmarca dentro de los alcances del delito de usurpación, contenido en el artículo 202, inciso 2 del Código Penal, por lo que sobreseyó la causa. Ello implica que el Juzgador de Segunda instancia, no consideró como violencia empleada para despojar de la posesión del inmueble el que se rompiera la cerradura del inmueble, lo cual importa una errónea interpretación del inciso 2, del artículo 202 del Código Sustantivo, por lo tanto, resulta necesario casar la sentencia recurrida.

Violencia contra personas y bienes

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon:

I. FUNDADO el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Superior; **FIJARON** como doctrina jurisprudencial vinculante, que la violencia a la que se refiere el delito de usurpación, y que es ejercida por el agente infractor, debe recaer sobra la persona o contra los bienes, conforme a los lineamientos doctrinarios y jurisprudenciales desarrollados en el cuarto considerando; en consecuencia:

II. NULO el auto de vista del diecisiete de noviembre del dos mil once, de fojas quinientos nueve, en el extremo que confirmó el auto de primera instancia del diecinueve de septiembre del dos mil once, de fojas trescientos noventa y siete, en el extremo que declaró de oficio el sobreseimiento a favor del encausado Ernesto David Gamboa Dios, por el delito contra el Patrimonio - Usurpación, en perjuicio de Aurelia Acuña Suárez; y,

III. NULO el auto de primera instancia del diecinueve de septiembre del dos mil once, de fojas trescientos noventa y siete, en el extremo que declaró de oficio el sobreseimiento a favor del encausado Ernesto David Gamboa Dios, por el delito contra el Patrimonio - Usurpación, en perjuicio de Aurelia Acuña Suárez.

IV. MANDARON que oportunamente se **EMITA NUEVO PRONUNCIAMIENTO** conforme a lo antes glosado.

V. DISPUSIERON Que, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tumbes y las demás Cortes Superiores de los Distritos Judiciales,

consideren ineludiblemente como doctrina lo señalado en el cuarto considerando (DEL MOTIVO CASACIONAL: PARA EL DESARROLLO DE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL) de la presente Ejecutoria Suprema, de conformidad con el inciso cuatro, del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal; y se publique en el diario oficial "El Peruano".

VI. ORDENARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano de origen y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

S.S

VILLA STEIN /PARIONA PASTRANA /BARRIOS ALVARADO /NEYRA FLORES /CEVALLOS VEGAS

3.
CASACIÓN N.º 273-2012-ICA
EL EJERCICIO DE LA VIOLENCIA CONTRA PERSONAS COMO CONTRA OBJETOS

Casación	**N.º 273-2012-Ica**
Fecha	29.05.2014
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponente	Luis Alberto Cevallos Vegas
Tema	El ejercicio de la violencia contra personas como contra objetos
Doctrina jurisprudencial vinculante	f. j. n.º 4.9
Concordancia	Código Penal: art. 202.3

SUMILLA:

4.9. En este orden de ideas, si lo que se busca criminalizar mediante la tipificación del artículo doscientos dos del Código Penal son conductas violentas que turben la posesión, el restringir el medio comisivo a la persona física que posee el bien inmueble no se condeciría con la finalidad de la norma pues permitiría que aquel que destruye los accesos o seguros para el acceso del inmueble para turbar la posesión del mismo quede fuera del alcance punitivo de la norma penal, cayendo en el absurdo de no considerar como turbación de la posesión a quien destruye la puerta de ingreso, el candado, las cerraduras, etc. So pretexto de que la violencia que turba la posesión sólo puede ser ejercida contra las personas. Consecuentemente, debe entenderse que aún antes de la modificatoria por vía legislativa, la violencia a la que hace referencia el inciso tres del artículo doscientos dos del Código Penal puede ser ejercida tanto contra personas como contra objetos o cosas integrantes del inmueble de modo que se turbe la posesión del mismo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 273-2012
ICA

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintinueve de mayo de dos mil catorce

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación por la causal de desarrollo de doctrina jurisprudencial e indebida aplicación y una errónea interpretación de la ley penal, interpuesto por la actora civil Nora Mónica Rojo Iglesias, contra la sentencia del siete de junio de dos mil doce, obrante a fojas ciento setenta y dos,

que confirmó la resolución del dieciséis de noviembre de dos mil once, obrante a fojas doscientos treinta y seis, que revocó la sentencia del siete de febrero de dos mil doce, obrante a fajas ciento cuarenta y nueve, que reservó el fallo condenatorio al acusado Juan Gustavo Rojo García como autor del delito contra el patrimonio, en la modalidad de usurpación, sub tipo de turbación posesoria, en agravio de Nora Mónica Rojo Iglesias, y reformándola lo absolvieron de la acusación fiscal por el referido delito y la citada agraviada; Interviene como ponente el señor juez supremo Cevallos Vegas.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. ITINERARIO DEL PROCESO EN PRIMERA INSTANCIA

1.1. Que, el señor Fiscal Provincial de la Segunda Fiscalía Provincial Corporativa de Parcona, a fojas dos, con fecha ocho de junio de dos mil once realizó requerimiento de apertura a juicio (acusación) en contra de Juan Gustavo Rojo García, como autor del delito contra el patrimonio - usurpación, en la modalidad de turbación posesoria, en agravio de Nora Mónica Rojo Iglesias.

1.2. Con fecha veintiséis de septiembre de dos mil once, el Juzgado de Investigación Preparatoria MBJ Parcona dictó el auto de enjuiciamiento contra Juan Gustavo Rojo García por el delito de usurpación en la modalidad de turbación posesoria, teniendo por constituida en actor civil a la agraviada Nora Mónica Rojo Iglesias; y posteriormente, con fecha diecinueve de diciembre de dos mil once, el Juzgado Mixto Unipersonal - Sede MBJ Parcona emitió el auto de citación a juicio.

1.3. Tras la realización del juicio oral, el siete de febrero de dos mil doce, el juez del Juzgado Mixto Unipersonal de Parcona dictó sentencia en la que resuelve **reservar el fallo condenatorio** contra el encausado Juan Gustavo Rojo García como autor de delito contra el patrimonio - usurpación en la modalidad de turbación posesoria en agravio de Nora Mónica Rojo Iglesias; fijando como periodo de prueba el término de un año sujeto a reglas de conducta; y fijó como por concepto de reparación civil la suma de dos mil nuevos soles.

1.4. Contra la mencionada sentencia de primera instancia, la actora civil impugna el extremo de la reparación civil, objetando que el juzgador de primera instancia no se ha pronunciado sobre el pago de costas, lo cual incrementaría el monto de la reparación. Por su parte, el encausado no la sentencia en el extremo de la reserva del fallo condenatorio pues considera que no se ha probado la realización del tipo penal.

II. DEL TRÁMITE RECURSAL EN SEGUNDA INSTANCIA

2.1. El Tribunal Superior por resolución del catorce de abril de dos mil doce, de fojas ciento setenta, señaló fecha para la audiencia de apelación de sentencia,

la que se concretó conforme al acta del veintiuno de mayo de dos mil doce, de fojas doscientos veinticuatro, con la intervención del representante del Ministerio Público y abogado defensor de Juan Gustavo Rojo García, audiencia que continuó el día veinticinco de mayo conforme al acta obrante a fojas doscientos treinta; posteriormente, la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ica, procedió a dictar sentencia de vista el siete de junio de dos mil doce, de fojas doscientos treinta y seis, que revocó la sentencia apelada argumentando que no se ha probado la configuración de los elementos del tipo penal imputado (medios comisivos violencia o amenaza) ni la participación del encausado en el mismo; y reformándola lo absolvieron de la acusación fiscal por el delito contra el patrimonio - usurpación tipificado en el artículo doscientos dos inciso tres del Código Penal.

2.2. Estando a ello, la actora civil, interpuso recurso de casación, mediante escrito de fojas doscientos cuarenta y ocho, contra la resolución antes aludida, invocando como causal la errónea interpretación de la ley penal; sosteniendo que existen dos corrientes doctrinales que se aplican y que causan contradicción de criterios al momento de interpretar la violencia a la que se refiere el artículo doscientos dos inciso tres del Código Penal: la primera que considera que para materializarse el delito de turbación debe ejercerse violencia o amenaza contra la persona y la segunda que sostiene que la violencia puede ser contra la persona, el bien o la cosa. De este modo, la sala superior incurre en error cuando absuelve al encausado interpretando que para consumarse el delito de usurpación por turbación posesoria, debió probarse que se haya ejercido violencia o amenaza contra aquel que ejercía la posesión, lo cual se colige de las páginas nueve y diez de la sentencia de vista, toda vez que sí se sabe que se rompió el candado y la cadena que permitían el acceso al inmueble por orden del encausado de acuerdo a las testimoniales actuadas en el proceso.

III. DEL TRÁMITE DEL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR LA PARTE AGRAVIADA

3.1. El Tribunal Superior por resolución de fecha veinticinco de junio de dos mil doce, de fojas doscientos cincuenta y dos, concedió el recurso de casación respecto a la causal de errónea interpretación de la Ley Penal, siendo de trascendencia por ser necesaria para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial de la suprema corte.

3.2. Cumplido el trámite de traslado a las partes procesales, este Tribunal Supremo mediante Ejecutoria Suprema del diecinueve de octubre de dos mil doce, de fojas veintiséis —del cuadernillo de casación—, en uso de sus facultades, declaró bien concedido el recurso de casación interpuesto por la actora civil, por la causal de desarrollo de la doctrina jurisprudencial e indebida aplicación, una errónea interpretación o falta de aplicación de la ley penal o de otras normas necesarias para su aplicación.

3.3. Deliberada la causa en secreto y votada el día veintinueve de mayo de dos mil catorce, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública —con las partes que asisten— se realizará por la Secretaria de Sala el día diecisiete de junio de dos mil catorce.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

4.1. Del ámbito de la casación: Conforme se ha señalado líneas arriba, mediante Ejecutoria Suprema del diecinueve de octubre de dos mil doce, de fojas veintiséis —del cuadernillo de casación—, admitió a trámite el recurso de casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial y errónea interpretación de la Ley Penal o falta de aplicación de la ley penal o de otras normas necesarias para su aplicación.

4.2. Los agravios admitidos que invoca son: i) que se ha incurrido en una indebida interpretación del artículo doscientos dos del Código Penal —delito de usurpación por turbación posesoria—, debiendo establecerse si la violencia a la que hace mención el mencionado tipo penal, se configura únicamente cuando recae sobre personas o si se configura cuando recae tanto sobre personas como sobre bienes o cosas.

MOTIVO CASACIONAL: ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL NECESARIA PARA SU APLICACIÓN Y NECESIDAD DE DESARROLLO DE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

4.3. En el presente caso, se le imputa a Juan Gustavo Rojo García, que con fecha veintidós de octubre del dos mil nueve, siendo las veintidós horas aproximadamente, el imputado por medio de su empleado Víctor Wilfredo Vargas Hernández, aprovechando la ausencia de la agraviada que había viajado a la ciudad de Nazca, ordenó que se cambiara el portón antiguo de dos hojas que se encontraba en la parte principal del inmueble y que era la única entrada de acceso al predio ubicado en Prolongación Grau N.º doscientos - Parcona, colocando en su lugar otro portón de metal de color azul con un candado de seguridad e incluso soldadura metálica en la unión de ambas hojas, impidiendo el acceso a la agraviada, quien señala ser copropietaria del bien conjuntamente con el imputado y el resto de la masa hereditaria, la misma que mantiene la posesión de dicho predio en un área menor ocupando una vivienda de material noble de un piso, donde tiene sus bienes personales y menajes del hogar y que el día de los hechos estaba al cuidado de doña María Elena Espinoza Anco quien se encontraba al interior del inmueble, sin poder salir al haberse quedado encerrada con la clausura del único portón de ingreso y salida, obligando al esposo de la agraviada, a conseguir maquinaria pesada y derrumbar parte de la pared posterior que circula el predio a fin de liberar a su cuidadora y superar los actos perturbatorios.

4.4. Conducta que es subsumida por la parte acusadora en el inciso tres del artículo doscientos dos del Código Penal, que al momento de la realización de los hechos materia de imputación rezaba:

> **"Artículo 202.** Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años:
>
> 1. El que para apropiarse de todo o parte de un inmueble, destruye o altera los linderos del mismo.
>
> 2. El que, por violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza, despoja a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real.
>
> 3. El que, con violencia o amenaza, turba la posesión de un inmueble".

4.5. En el presente caso, debemos establecer si el tipo penal reseñado, contempla como medio comisivo la violencia ejercida sobre los bienes o cosas además de las personas, o si por el contrario únicamente contempla a las personas como pasibles de recibir la violencia como medio comisivo del delito de usurpación.

4.6. Ciertamente, si de lo que versará el ejercicio de la función nomofiláctica[1] de este tribunal de casación, es un medio comisivo contemplado en la descripción de la conducta que el agente debe desplegar para que se subsuma en la norma penal, nos encontraremos en el campo de la tipicidad objetiva del delito usurpación por turbación posesoria, específicamente ante el deber de analizar a la violencia como elemento descriptivo del tipo[2] a fin de verificar si la norma cubre como pasivos de la misma a los bienes o cosas y a las personas, o sólo a las personas.

4.7. Si conforme al principio de lesividad, el derecho penal legitima su intervención ante la lesión efectiva o puesta en peligro de al menos un bien jurídico tutelado[3], entonces los elementos del tipo tendrán que ser interpretados a la luz de la finalidad del ordenamiento al penalizar

---

1 Que a decir de Cubas Villanueva "implica la competencia del Tribunal Supremo de efectuar un control de legalidad, a fin de verificar que las instancias de mérito han aplicado las normas pertinentes para resolver el conflicto y la aplicación de las mismas ha respondido a una correcta interpretación de su sentido". Cubas Villanueva, Víctor, *El nuevo proceso penal peruano*, Palestra, Lima, 2009, p. 525.

2 Cfr. Villa Stein, Javier, *Derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima, 2008, p. 214.

3 Cfr. García Cavero, Percy, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Jurista Editores, Lima, 2012, p. 219.

una conducta[4]. En el caso del delito de usurpación, ese bien jurídico tutelado es "el pacífico y tranquilo disfrute de un bien inmueble, entendido como ausencia de perturbación en el ejercicio de la posesión o de cualquier otro derecho real sobre el mismo, en este último caso, siempre que la víctima esté en posesión del inmueble"[5], de modo que la posesión "se ve mermada y atacada cuando la víctima es desocupada del bien inmueble, mediante la alteración de linderos o la turbación de la posesión"[6]. En el supuesto del inciso tres del artículo doscientos dos de nuestro catálogo punitivo, el medio comisivo violencia "[c]onsiste en una energía física"[7]. La pregunta que nos ocupa y que es sobre lo que versa esta sentencia casatoria, es si esa violencia configura el tipo penal objetivo en aquellos supuestos en los que se despliega sobre un objeto o cosa, pues nos queda claro que cuando sea ejercida contra el poseedor, como persona física, estaremos ante la conducta típica.

Principio de lesividad y bien jurídico protegido

4.8. A la fecha en que esta ejecutoria es redactada, la violencia ejercida sobre los objetos o cosas definitivamente configuran el tipo penal sin lugar a dudas gracias a la modificatoria del artículo doscientos dos del Código Penal[8]. No obstante, en atención a la incógnita que nos ocupa, será menester determinar si esta variación legislativa amplió el margen de punibilidad de la norma o si simplemente declara algo consustancial a ella a fin de evitar claroscuros como el del presente caso.

---

4 Es decir que se tendrá que emplear la interpretación teleológica que a decir de Villa Stein ocurre "cuando se busca el sentido o finalidad de la norma". Villa Stein, Javier, *Derecho penal*, ob. cit., p. 137.

5 Salinas Siccha, Ramiro, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., Grijley, Lima, 2007, p. 1137.

6 Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl, *Derecho penal. Parte especial*, Idemsa, Lima, 2009, p. 433.

7 Salinas Siccha, Ramiro, *Derecho penal. Parte especial*, ob. cit., p. 1145.

8 "Artículo 202. Usurpación: Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años:

1. El que, para apropiarse de todo o en parte de un inmueble, destruye o altera los linderos del mismo.

2. El que, con violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza, despoja a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real.

3. El que, con violencia o amenaza, turba la posesión de un inmueble.

4. El que, ilegítimamente, ingresa a un inmueble, mediante actos ocultos, en ausencia del poseedor o con precauciones para asegurarse el desconocimiento de quienes tengan derecho a oponerse.

La violencia a la que se hace referencia en los numerales 2 y 3 se ejerce tanto sobre las personas como sobre los bienes".

4.9. En este orden de ideas, si lo que se busca criminalizar mediante la tipificación del artículo doscientos dos del Código Penal son conductas violentas que turben la posesión, el restringir el medio comisivo a la persona física que posee el bien inmueble no se condeciría con la finalidad de la norma pues permitiría que aquel que destruye los accesos o seguros para el acceso del inmueble para turbar la posesión del mismo quede fuera del alcance punitivo de la norma penal, cayendo en el absurdo de no considerar como turbación de la posesión a quien destruye la puerta de ingreso, el candado, las cerraduras, etc. So pretexto de que la violencia que turba la posesión sólo puede ser ejercida contra las personas. Consecuentemente, debe entenderse que aún antes de la modificatoria por vía legislativa, la violencia a la que hace referencia el inciso tres del artículo doscientos dos del Código Penal puede ser ejercida tanto contra personas como contra objetos o cosas integrantes del inmueble de modo que se turbe la posesión del mismo.

Violencia contra objetos o cosas

4.10. En el caso que nos ocupa, el tribunal de apelación afirma que no se ha especificado qué medio comisivo se ha empleado para que el hecho resulta típico. En la página nueve de la sentencia cuestionada, el juzgador señala que ni la agraviada Rojo Iglesias, ni su esposo de la agraviada Cáceres Sotelo, ni María Elena Espinoza Anco han señalado si la turbación de la posesión se dio mediante el ejercicio de la violencia o de la amenaza, o que esta se realizó contra la cuidadora del inmueble María Elena Espinazo Anco. Es decir, que la sala superior absolvió al encausado pues no se logró probar que haya existido violencia o amenaza como medio para turbar la posesión. Ello implica que el juzgador de segunda instancia, no consideró como violencia empleada para turbar la posesión del inmueble el que por orden del encausado se rompiera la cadena y se sacara el candado del inmueble, lo cual importa una errónea interpretación del inciso tres del artículo doscientos dos del Código Penal, resultando necesario casar la sentencia recurrida.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por la causal de desarrollo de doctrina jurisprudencial justificado en una errónea interpretación necesaria para su aplicación, interpuesto por el actor civil; en consecuencia **CASARON** la sentencia del siete de junio de dos mil doce, obrante a fojas ciento setenta y dos, que revocó la sentencia del siete de febrero de dos mil doce, obrante a fojas ciento cuarenta y nueve, que reservó el fallo condenatorio al acusado Juan Gustavo Rojo García como autor del delito contra el patrimonio, en la modalidad de usurpación, sub tipo de

turbación posesoria, en agravio de Nora Mónica Rojo Iglesias, reformándola lo vieron de la acusación fiscal por el referido delito y la citada agraviada.

II. Actuando como órgano de instancia y emitiendo pronunciamiento sobre el fondo, **CONFIRMARON** la sentencia de primera instancia de fecha siete de febrero de dos mil doce que reservó el fallo condenatorio a Juan Gustavo Rojo García como autor del delito contra el patrimonio - Usurpación en la modalidad de turbación posesoria, en agravio de Nora Mónica Rojo Iglesias; fijándose como periodo de prueba el término de un año bajo la observancia de las siguientes reglas de conducta: 1. Prohibición de ausentarse de su residencia sin la autorización del juzgado; 2. Comparecer cada 60 días al local del juzgado a fin de firmar e informar sobre sus actividades lícitas; 3. Resarcir el daño ocasionado pagando la reparación civil en el lapso de dos meses contados a partir de la fecha; todo bajo apercibimiento de aplicársele lo previsto en el artículo sesenta y cinco del Código Penal.

III. MANDARON Que, la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ica y las demás Cortes Superiores de los Distritos Judiciales que aplican el Código Procesal Penal, consideren ineludiblemente como doctrina jurisprudencial vinculante lo señalado en el considerando cuatro punto nueve (DEL MOTIVO CASACIONAL: PARA EL DESARROLLO DE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL) de la presente Ejecutoria Suprema, de conformidad con el inciso cuatro, del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal; y se publique en el diario oficial "El Peruano".

IV. ORDENARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano de origen; y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema; notifíquese.

S.S.

VILLA STEIN /PARIONA PASTRANA /BARRIOS ALVARADO /NEYRA FLORES /CEVALLOS VEGAS

SECCIÓN CUARTA
Delitos contra la seguridad pública

I.
TENENCIA ILEGAL DE ARMAS

1.
CASACIÓN N.º 211-2014-ICA

DELITO DE TENENCIA ILEGAL DE ARMAS: DISTINCIÓN ENTRE UNA TENENCIA ILEGAL Y UNA POSESIÓN IRREGULAR

Casación	**N.º 211-2014-Ica**
Fecha	22.07.2015
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponente	Javier Villa Stein
Tema	Delito de tenencia ilegal de armas: distinción entre una tenencia ilegal y una posesión irregular
Doctrina jurisprudencial vinculante	ff. jj. n.os 4, 5 y 6
Concordancia	Código Penal: art. 279 Código Procesal Penal: arts. 427.4 y 504

SUMILLA:
El delito de tenencia ilegal de armas es una figura de peligro abstracto, pues no es necesario la producción de un daño concreto, pues se entiende, que resulta peligroso para la sociedad la posesión de armas sin contar con la autorización administrativa correspondiente.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 211-2014
ICA

EL VOTO DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS VILLA STEIN, RODRÍGUEZ TINEO Y PARIONA PASTRANA ES COMO SIGUE

Lima, veintidós de julio del dos mil quince

VISTOS, En audiencia pública; el recurso de casación **"por indebida aplicación o errónea interpretación de la ley penal, prevista en el artículo 279 del Código Penal"** interpuesto por el representante del Ministerio Público, contra la sentencia de vista del diecisiete de diciembre del dos mil trece, de fojas doscientos sesenta y seis, que confirmó la sentencia de primera instancia de fecha cuatro de julio del dos mil trece, de fojas ciento noventa, que absolvió a Rubén Gustavo Castro Bravo de la acusación fiscal por el delito de fabricación, suministro o tenencia de materiales peligrosos en agravio del Estado.

Interviene como ponente el señor juez supremo Villa Stein.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. De la sentencia de primera instancia:

Primero. Los hechos materia de acusación se refieren a que se atribuye a Rubén Gustavo Castro Bravo, miembro de la Policía Nacional del Perú, quien pasó al retiro por medida disciplinaria impuesta en el año dos mil siete, con veintiséis años de servicios, conforme a los siguientes hechos: con fecha diecinueve de noviembre del dos mil once, el Mayor PNP Carlos Castilla Pasapera- Jefe de la Policía de Carreteras de Nazca, intervino a un vehículo, y entre los pasajeros se encontraba el imputado, quien se negó a identificarse, indicando que era "Mayor de la PNP", que con intervención de la señora fiscal pudo identificársele, como el mayor Castro Bravo a quien se le observa que tenía un arma de fuego que lo llevaba en una sobaquera cubierta con una casaca, al pedirle la licencia entregó un carnet de certificado de arma de fuego N.º 7017, con fecha de caducidad al veinte de febrero del dos mil seis; al no contar con la licencia respectiva, fue puesto a disposición de la sección delitos de la Comisaría de Nazca, por posesión ilegítima de arma de fuego. El arma de fuego, en posesión ilegítima por el acusado Rubén Gustavo Castro Bravo, corresponde a una pistola marca STAR, calibre 9 mm PB, serie N.º 1811860, abastecida con seis municiones, pistola de propiedad del Estado peruano.

Segundo. Con fecha cuatro de julio de dos mil trece, obrante a fojas ciento noventa, el Primer Juzgado Penal Unipersonal de Nazca emitió sentencia absolutoria a favor de Rubén Gustavo Castro Bravo, como autor del delito contra la seguridad pública en su modalidad de delitos de peligro común sub tipo fabricación, suministro o tenencia de materiales peligrosos tipificado en el artículo doscientos setenta y nueve del Código Penal (tipo base), en agravio del Estado peruano; remitiéndose los objetos incautados a la Dirección de Logística de la Policía Nacional del Perú, debiéndose oficiarse con este fin a la DISCAMEC.

II. Del trámite recursal en segunda instancia:

Tercero. El Superior Tribunal, culminada la fase de traslado de la impugnación, no admitiéndose nuevos medios de prueba, y realizada la audiencia de apelación,

cumplió con emitir la sentencia de apelación de fojas doscientos sesenta y seis, del diecisiete de diciembre de dos mil trece, que confirmó la sentencia de primera instancia, que absolvió de la acusación fiscal al recurrente, como autor del delito de fabricación, suministro o tenencia de materiales peligrosos en agravio del Estado.

III. Del trámite del recurso de casación:

Cuarto. Leída la sentencia de vista, el representante del Ministerio Público interpuso recurso de casación mediante escrito de fojas doscientos setenta y nueve, postulando como motivo de recurso de casación que fuera admitido: la causal de indebida aplicación o una errónea interpretación de la ley penal, art. 279 del Código Penal, esto es, que al encausado se le encontró un arma de fuego de propiedad del Estado, teniendo dicho encausado la situación de retiro por medida disciplinaria, debido a dos sentencias condenatorias, encontrándose la licencia de posesión vencida desde el veinte de febrero del 2006; asimismo, que el procesado no se encontraba en la posibilidad de renovar su licencia de portar armas y, por tanto, su conducta es ilegal, debiendo ser la correcta interpretación del artículo doscientos setenta y nueve del Código Penal, por lo que resulta posesión ilegítima el portar un arma de fuego con licencia vencida.

Quinto. Cumplido el trámite de traslados a los sujetos procesales, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria de fecha seis de noviembre del dos mil catorce, obrante a fojas veintisiete del cuaderno de casación, admitió a trámite el recurso de casación por la causal de "indebida aplicación o erróneo interpretación de la ley penal".

Sexto. Instruido el expediente en Secretaría, señalada la fecha para la audiencia de casación el día catorce de julio del dos mil quince, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, con intervención de las partes, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

Séptimo. Deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, se produjo discordia, siendo el voto de los señores jueces supremos Neyra Flores, Loli Bonilla por que se declare infundado el recurso de casación y se declare nula la sentencia de vista, conforme al voto que se adjunta.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Del ámbito de la casación:

Primero. Conforme ha sido establecido por la Ejecutoria de fecha seis de noviembre del dos mil catorce, obrante a fojas veintisiete del cuaderno de casación, admitió a trámite el recurso de casación, para establecer en sede casatoria, la validez de la distinción entre posesión ilegal e irregular de arma de fuego, siendo que el tipo penal no distinguiría entre estos dos aspectos, ni tampoco reduce la ilicitud de la conducta a poseer un arma de origen clandestino, sino que el tipo sanciona la posesión ilegitima, es decir, quien no tiene la autorización para portar un arma ya sea de origen civil o del Estado.

Segundo. El carácter de recurso extraordinario que ostenta la casación se debe a los principios que la gobiernan; por lo tanto, la elaboración de la demanda, la construcción de la proposición jurídica como su tramitación y resolución, se deben desarrollar dentro de una sistemática que le dé orden y coherencia. Entre estos principios debemos destacar el principio de trascendencia, en virtud del cual se subraya que: "En el error judicial, por definición, afecta el debido proceso, por cualquiera de sus vertientes, bien sea de estructura, de garantía o conceptual; o de juicio, que produce una violación de la ley sustancial, bien sea de manera directa o indirecta. *Ese error debe ser, además de grave, de tal magnitud que necesaria e indefectiblemente tenga repercusiones nocivas para la constitucionalidad y legalidad en el resultado de la sentencia para el impugnante, que si no se hubiera presentado, fuera favorable ese resultado, o menos gravoso.*

Principio de trascendencia del bien jurídico

El error en sí mismo no es causal de casación, sino en cuanto produce un efecto sobre la sentencia. De manera que el error *in procedendo o in indicando,* que tiene vocación para que prospere un recurso extraordinario de casación, no es cualquiera, porque en la actividad judicial, por ser actividad humana, se cometen errores, que no tienen la entidad ni la importancia para ser demandables. Incluso existiendo errores graves, algunos no tienen trascendencia en la sentencia.

Causal de casación

El cargo desarrollado por el impugnante extraordinario debe sobrepasar el ámbito de la disidencia propia de las instancias. Por lo mismo, el censor, en la construcción de la proposición jurídica, necesaria e indefectiblemente, para que sea completa y correcta, debe identificar y mostrar el error, catalogándolo como de procedimiento o de juicio, los dispositivos jurídicos vulnerados y, además, mostrar la trascendencia de ese error y *sus perniciosos efectos en los resultados de la sentencia.*

Transcendencia y efectos del error

Según Ernesto García Maañon: "[...] el vicio **debe recaer en un acto que haya determinado la decisión contenida en el fallo de modo esencial.** Dicha condición se percibe mediante el empleo del método de supresión mental hipotética, ***por el cual, eliminando el acto viciado mediante una conjetura, se advierte que la sentencia hubiera resultado diferente. El caso contrario, el recurso devendría en una cuestión abstracta***"[1].

Error esencial en el fallo

Tercero. Fijado lo anterior, debemos puntualizar que el representante del Ministerio Público, denuncia que la sentencia absolutoria vulneró la "correcta aplicación o adecuada interpretación de la ley penal", referido a

1 Rodríguez Choconta, Orlando Alfonso, *Casación y Revisión Penal,* Bogotá: Editorial Temis, 2008, p.83.

la posesión o tenencia ilegal de un arma de fuego de quien inicialmente detentó su posesión con una licencia válida y vigente en su condición de miembro de la Policía Nacional del Perú, hasta el momento en el que fue pasado a la situación de retiro, sobre el cual mantuvo su posesión de forma ilegal hasta el momento de su intervención, configurando con ello el delito de tenencia ilegal de arma de fuego.

De lo esbozado, debe precisarse que el delito de tenencia ilegal de armas de fuego, previsto en el artículo doscientos setenta y nueve del Código Penal, que tiene como objeto de protección o tutela la seguridad de la comunidad frente a riesgos por la libre circulación y tenencia de armas de fuego, que no se encuentren bajo registro o control; esto es, la restricción del uso **ilegítimo** de un arma, que incrementa su mayor peligrosidad, si se encuentra desprovisto de todo control de la Administración; lo cual resulta útil a efectos de incorporar un baremo de legitimidad a la intervención del derecho penal.

Objeto de tutela del delito de tenencia ilegal de armas

Cuarto. En esta línea de análisis, en el caso *sub judice*, debe valerse de una interpretación conforme a la finalidad[2] de la norma penal acotada y a su objeto de protección; esto es, en el análisis del núcleo duro de la calificación típica referida a " [...] que, **ilegítimamente,** fabrico, almacena, suministra o **tiene en su poder** bombas, **armas,** municiones o materiales explosivos [...]"; en estricto el contenido y alcance del significado de la **ilegitimidad** en la posesión o tenencia ilegal de armas, los cuales involucran a los supuestos en los que esta situación de ilegitimidad se originan a partir de una irregularidad administrativa[3], esto es, falta de renovación de la licencia ante el vencimiento expreso; es contrariamente distinto, a la falta de licencia o permiso absoluto para portarlas, lo que anula toda legitimidad en su posesión, lo cual configuraría el ilícito penal de tenencia ilegal de armas de fuego.

Falta de licencia o permiso absoluto para portar armas

Quinto. De este modo, se advierte que existe la delgada línea de interpretación legal entre la irregularidad administrativa ocasionando una **tenencia irregular** de un arma de fuego, frente a la inexistencia de licencia, que configura por sí misma, la tipicidad del delito de **tenencia ilegal** de arma de fuego; lo cual puede ser resuelto al amparo del análisis conforme

2 Esto es, deberá emplearse los criterios de interpretación teleológicos, lo cual se plasma: "cuando se busca el sentido o finalidad de la norma". VILLA STEIN, Javier. *Derecho penal. Parte general.* Lima: Grijley 2008, p. 137.

3 En referencia a la carencia de algún elemento esencial que le dote de validez para su ejecutabilidad.

al fin de protección de la ley penal[4], propuesta por la moderna teoría de la imputación objetiva, de procedencia del Sistema Roxin, por el que prima el ámbito de tutela de la norma penal, debiendo entenderse que la norma penal que regula el delito de tenencia ilegal de armas, está dirigida a preservar la seguridad pública frente al peligro o ejercicio ilegitimo en el uso de un arma que no presenta registro o inscripción en la Administración correspondiente; en consecuencia esa **ilegitimidad es absoluta** y no relativa; ámbito de tutela que se contrapone respecto de quien habiendo tenido licencia válida para la posesión de armas, se encuentra luego en posesión irregular por efectos de la licencia vencida o no renovada; se abona a esta línea jurisprudencial que: "no se configura el delito de tenencia ilegal de armas, pues el inculpado si poseía licencia para el manejo de su arma y la no renovación de la misma a la fecha en que sucedieron los hechos conlleva a una irregularidad de carácter administrativo, no pasible de sanción penal, toda vez que su posesión si es legítima"[5].

Distinción entre tenencia irregular de tenencia ilegal de armas

Sexto. Que, el derecho penal interviene cuando por el carácter de la ofensividad o lesividad[6] de la conducta estos resulten sumamente gravosos[7], y de *ultima ratio*[8]; en consecuencia frente a la mera carencia de una autorización estatal, para portar armas, tratándose de armas de propiedad del Estado o armas de uso particular, no se configura el delito de tenencia ilegal de armas, frente al uso clandestino de un bien peligroso, el cual se encuentra desprovisto de todo control de la Administración, esto es presenta una ilegitimidad absoluta por falta de licencia, dado que el encausado inobservó la reglamentación institucional de la Policía Nacional del Perú, conforme al cual debió haberlo internado en los almacenes de la DIVARM-DIRLOG-PNP de conformidad con la Directiva de Órgano DG-PNP N.º 04-20-DIRLOG/PNP del 20 de Octubre del 2009, que dispone que se expida licencia de arma de fuego al personal que se encuentra en situación de disponibilidad y retiro que sea pensionable. Situación que no le es aplicable por encontrarse en situación de retiro por medida disciplinaria, denotándose la posesión del arma de forma irregular, no obstante que

Necesidad de una ilegitimidad absoluta por falta de licencia para configurar el tipo

4 Conforme a este principio "antes de imputar un resultado hay que atender al objeto de tutela de la norma". Villa Stein, Javier. *Derecho penal. Parte general.* Lima: Ara Editores, p. 301.

5 *El Código Penal en su jurisprudencial.* Gaceta Jurídica. Primera edición. Mayo 2007. Primera reimpresión octubre 2007. Lima-Perú, p. 353.

6 La lesividad en el derecho penal debe preconizar su intervención mínima

7 Carácter fragmentario del derecho penal.

8 El derecho penal debe actuar en forma subsidiaria en la protección de bienes jurídicos, de modo tal que solo se puede hacer intervenir, cuando no existan otros medios e solución social del problema; en Villavicencio Terreros, Felipe; *Derecho penal. Parte general.* Grijley. Lima, 2006, p. 93.

este no podía renovar la licencia, igualmente existen mecanismos legales y administrativos menos lesivos que el derecho penal para regular esta infracción administrativa, y limitar la intervención del Estado, y de todo su poder coercitivo penal, para sancionar conductas antisociales de lesividad intolerables, lo que significa que solo se debe acudir al derecho penal, cuando fallan las otras formas jurídicas y sectores del Derecho.

Séptimo. Que, el artículo quinientos cuatro, apartado dos, del Código Procesal Penal, establece que las costas serán pagadas por quien interpuso un recurso sin éxito, las cuales se imponen de oficio conforme al apartado dos del artículo cuatrocientos noventa y siete del citado Código Procesal; sin embargo, estando a lo dispuesto por el inciso uno del artículo cuatrocientos noventa y nueve, el Ministerio Público se encuentra exenta del pago de costas.

DECISIÓN

Por estos fundamentos; nuestro voto es porque se:

I. Declare **INFUNDADO** el recurso de casación "por indebida aplicación o errónea interpretación de la Ley Penal, prevista en el Artículo 279 del Código Penal", interpuesto por el representante del Ministerio Público; en consecuencia:

II. NO CASARON la sentencia de vista del diecisiete de diciembre del dos mil trece, de fojas doscientos sesenta y seis, que confirmó la sentencia de primera instancia de fecha cuatro de julio de dos mil trece, de fojas ciento noventa que absolvió a Rubén Gustavo Castro Bravo de la acusación fiscal por el delito de fabricación, suministro o tenencia de materiales peligrosos en agravio del Estado, con lo demás que contiene.

III. EXONERARON el pago de las costas del recurso de casación al representante del Ministerio Público.

IV. DISPUSIERON Que la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de lea y las demás Cortes Superiores de los distritos judiciales a nivel nacional consideren como doctrina jurisprudencial vinculante, los considerandos cuarto, quinto y sexto de los (fundamentos de derecho) de la presente sentencia casatoria, de conformidad con el inciso cuatro, del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal; y se publique en el diario oficial *El Peruano*.

V. ORDENARON convocar al magistrado llamado por ley para que dirima discordia.

VI. MANDARON se cursen las notificaciones a las partes y se adjunten los votos emitidos.-

S.S.

VILLA STEIN / RODRÍGUEZ TINEO / PARIONA PASTRANA

EL VOTO DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS NEYRA FLORES Y LOLI BONILLA

FUNDAMENTOS

1. El ámbito de protección de la norma contenida en el artículo 279 del Código Penal puede ser definido desde lo dispuesto en el Decreto Supremo N.º 002-2005-IN que establece lo que debe entenderse por tenencia ilegal y tenencia irregular de armas. El supuesto de posesión irregular importa una licencia vencida o que no ha sido transferida conforme a ley. Así, la licencia irregular permite al administrado solicitar la renovación de la misma. Por su parte la posesión ilegal, importa una posesión que en ningún momento ha sido objeto de registro por parte de la autoridad competente (Discamec).

2. En este orden de ideas, lo que el legislador busca criminalizar es la posesión de armas por parte de una persona, sin que exista un control por parte de la autoridad administrativa. Ese control permite conocer no solo al sujeto que porta el arma sino también las características de la misma. De este modo el peligro abstracto que supone la tenencia de un arma de fuego pasa a ser un riesgo controlado por el Estado. Cuando el control que ejerce la administración pública sobre ese control se pierde de modo irrevocable, ya no nos encontramos ante un riesgo controlado sino ante un peligro para la sociedad, un peligro común que cae dentro del alcance punitivo del delito de tenencia ilegal de armas de fuego.

Fin de la norma

3. En el presente caso, el imputado Rubén Gustavo Castro Bravo tuvo la posesión legítima del arma objeto del ilícito durante el tiempo que duró su servicio como parte de la PNP. Sin embargo, este procesado pasó al retiro por sanción disciplinaria, supuesto que le impide en todos los casos renovar la autorización que legitimaba la posesión del arma de fuego que portaba como efectivo de la citada institución. En consecuencia, el procesado tenía la obligación de devolver su arma —pistola marca Star, calibre 9 mm PB, serie N.º 1811860— de reglamento en cuanto fue separado de la institución en el año dos mil siete.

4. Lo que tenemos, es que la licencia que tenía para portar su arma jamás podría haber sido objeto de renovación, con lo cual se descarta un supuesto de posesión irregular donde lo característico es una licencia que puede recobrar vigencia. Ciertamente, nos encontramos ante un supuesto de tenencia ilegal por cuanto el registro en el que debía constar la posesión del arma nunca llegó a concretarse, y la licencia que en su momento le permitía portar el arma tampoco podría ser reabierta en el futuro.

Supuesto de legalidad en el caso concreto

5. La jurisprudencia ha señalado que la tenencia irregular, en los términos en que ha sido definida líneas arriba, no constituye una infracción penal sino una infracción administrativa. Pero al no encontramos ante un supuesto de irregularidad sino de ilegalidad, la conducta desplegada por el agente se encuadra dentro del alcance de la norma penal.

DECISIÓN

I. Se declaré: **FUNDADO** el recurso de casación por la causal de **"indebida aplicación o errónea interpretación de la ley penal, prevista en el artículo 279 del Código Penal"**, interpuesto por el representante del Ministerio Público, contra la sentencia de vista del diecisiete de diciembre de dos mil trece, de fojas doscientos sesenta y seis, que confirmó la sentencia de primera instancia de fecha cuatro de julio del dos mil trece, de fojas ciento noventa que absolvió a Rubén Gustavo Castro Bravo de la acusación fiscal por el delito de fabricación, suministro o tenencia de materiales peligrosos en agravio del Estado.

II. En consecuencia: declararon **NULA** la sentencia de vista del diecisiete de diciembre del dos mil trece, ordenando se emita una nueva sentencia considerando la correcta interpretación del 279 del Código Penal.

S.S.

NEYRA FLORES /LOLI BONILLA

PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA CERTIFICA QUE EL VOTO DEL SEÑOR HUGO PRÍNCIPE TRUJILLO

Lima, veintitrés de septiembre de dos mil quince

VISTO: En audiencia pública; el recurso de casación concedido por la causal referida a "indebida aplicación o errónea interpretación de la ley penal respecto del artículo 279, del Código Penal" —prevista en el artículo cuatrocientos veintinueve, apartado tres, del Código Procesal Pena— interpuesto por el fiscal superior contra la sentencia de vista de fojas doscientos sesenta y seis, del diecisiete de diciembre de dos mil trece; que confirmó la de primera instancia, de fojas cientos noventa, del cuatro de julio de dos mil trece; y absolvió a Rubén Gustavo Castro Bravo de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito contra la seguridad pública —delito de peligro común— fabricación, suministro o tenencia de materiales peligrosos, en perjuicio del Estado.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Del itinerario del proceso en primera instancia

Primero. Se tiene que el encausado Rubén Gustavo Castro Bravo fue procesado penalmente con arreglo al Código Procesal Penal. El señor fiscal provincial,

mediante requerimiento, formuló acusación contra el precitado por el delito contra la seguridad pública —Peligro común— tenencia ilegal de armas de fuego, en perjuicio del Estado peruano.

Asimismo, se realizó la audiencia de control de acusación, en la que se resolvió admitir las pruebas incorporadas al proceso, esto de conformidad con las partes procesales; así como también se emitió el respectivo auto de enjuiciamiento, en el cual constan los medios de prueba admitidos, para lo cual se dispuso la elevación del cuaderno de etapa intermedia al Juzgado Penal Unipersonal de Nazca de la Corte Superior de Justicia de Ica.

Segundo. Seguido el juicio de primera instancia —se llevó a cabo el respectivo juicio oral en el cual cada parte procesal presentó su teoría del caso—, el Primer Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de lea dictó sentencia de fojas ciento noventa, del cuatro de julio del dos mil trece, y absolvió a Rubén Gustavo Castro Bravo de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito contra la seguridad pública-tenencia ilegal de armas de fuego, en perjuicio del Estado, por cuanto consideró que el hecho atribuido al acusado constituye una circunstancia atípica. Contra la referida sentencia, el fiscal superior interpuso recurso de apelación por escrito de fojas doscientos treinta y cuatro. Este recurso fue concedido por auto de fojas doscientos treinta y ocho, de fecha diecinueve de julio del dos mil trece.

II. Del trámite recursal en segunda instancia

Tercero: La Sala Mixta y Penal de Apelaciones de Nazca, de la Corte Superior de Justicia de lea, culmina la fase de traslado, de la impugnación y al no haberse ofrecido por las partes procesales pruebas conforme lo prevé el artículo cuatrocientos veintidós del Código Procesal Penal, las emplazó a fin de que concurran a la audiencia de apelación de sentencia, mediante resolución de fojas doscientos cuarenta y siete, de fecha veintitrés de septiembre de dos mil trece. Realizada la audiencia de apelación, tal como se aprecia en el acta de fojas doscientos cuarenta y nueve, de fecha treinta de octubre del dos mil trece, el Tribunal de apelación cumplió con emitir y leer en audiencia pública la sentencia de apelación de fojas doscientos sesenta y seis, de fecha diecisiete de diciembre del dos mil trece.

Cuarto. La sentencia de vista, recurrida en casación, confirmó la sentencia de primera instancia que absolvió a Rubén Gustavo Castro Bravo de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito contra la salud pública-tenencia ilegal de armas de fuego, en perjuicio del Estado.

Quinto. El Colegiado Superior arribó a esta decisión absolutoria por cuanto consideró que existe insuficiencia de pruebas, lo cual genera duda sobre la culpabilidad del acusado en la comisión del delito de tenencia ilegal de armas de fuego, por lo que no es posible imponer una sanción penal al procesado ya que

para ello el ilícito atribuido debe estar acreditado con las pruebas actuadas, en forma fehaciente e indubitable, lo que no sucede en el caso concreto por tratarse de un arma de fuego del Estado, cuya posesión es irregular porque la licencia para portarla había caducado.

III. Del Trámite del recurso de casación interpuesto por el fiscal superior

Sexto. Leída la sentencia de vista, el fiscal superior interpuso recurso de casación mediante escrito de fojas doscientos setenta y nueve, e invocó la causal prevista en el inciso tres: "*Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación*". Al respecto, cumplió con precisar que la errónea interpretación está referido al artículo doscientos setenta y nueve, del Código Penal —modificado por la Primera Disposición Complementaria del Decreto Legislativo número ochocientos noventa y ocho—, que expresamente señala lo siguiente: "*El que ilegítimamente fabrica, almacena, suministra o tiene en su poder bombas, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos o sustancias o materiales destinados para su preparación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años*".

En el presente caso, el recurrente considera que la ilegitimidad que señala la norma significa la inclusión de la categoría de la antijuricidad penal que comprende la conducta prohibida de posesión ilegítima de un arma, situación que se presenta al tenerse en posesión un arma con licencia vencida; siendo esta la correcta interpretación de la norma.

Mediante auto de fojas doscientos ochenta y cuatro, de fecha seis de enero de dos mil catorce, la Sala Penal de Apelaciones concedió el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Superior y se remitieron los autos a esta Suprema Instancia.

Séptimo. Cumplido con el trámite de traslados a los sujetos procesales por el plazo de diez días, esta Suprema Sala, mediante Ejecutoria de fojas veintisiete, del seis de noviembre del dos mil catorce —obrante en el cuadernillo formado por esta Suprema Instancia— en uso de su facultad de corrección, admitió el trámite del recurso de casación por el motivo previsto en el inciso tres, del artículo cuatrocientos veintinueve, del Código Procesal Penal; esto es, por errónea interpretación de la ley penal.

Octavo. Instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación el día de la fecha, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, el estado de la causa es el de expedir sentencia.

Noveno. Deliberada la causa en secreto y votada el día veintidós de julio del presente año, se produjo discordia, siendo el voto de los señores jueces supremos Villa Stein, Rodríguez Tineo y Pariona Pastrana por que se declare infundado el recurso de casación; mientras que el voto de los señores jueces supremos Neyra

Flores y Loli Bonilla es porque se declare fundado el recurso de casación y, en consecuencia, nula la sentencia de vista y se emita una nueva sentencia (véase a fojas treinta y cinco, del cuadernillo formado por esta Suprema Sala).

Décimo. En consecuencia, al haberse producido discordia con relación al juicio de tipicidad, procedo a emitir mi voto, al haber sido llamado por ley para dirimir la presente causa, tal como se aprecia en el auto obrante a fojas cuarenta y nueve.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Del ámbito de la casación

Primero. Conforme ha sido establecido por Ejecutoria suprema de fojas veintisiete —del cuadernillo de casación— de fecha seis de noviembre de dos mil catorce, el motivo de casación admitido en el presente caso, fue el referido a que la sentencia importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal, e indicó lo siguiente: **i)** Se realizó una errónea interpretación del artículo doscientos noventa y siete, del Código Penal, ello por cuanto al acusado se le encontró en posesión de un arma de fuego, de propiedad del Estado, teniendo dicho acusado la situación de retiro debido a dos sentencias condenatorias, encontrándose vencida la licencia de posesión desde el veinte de febrero de dos mil seis, **ii)** El procesado no se encontraba en la posibilidad de renovar su licencia de portar armas y, por tanto, su conducta es ilegal, **iii)** Propone que la correcta interpretación del artículo doscientos setenta y nueve, del Código Penal, es que resulte posesión ilegítima el portar un arma con licencia vencida.

II. Del pronunciamiento del Tribunal de apelación

Segundo. La sentencia de vista impugnada en casación precisa lo siguiente: "Del hecho imputado se verifica que el acusado Castro Bravo es un efectivo policial en situación de retiro, al que estando en servido activo se le entregó un arma de fuego —pistola de marca Star, de nueve milímetros**,** PB— que era de propiedad del Estado y para dicho uso se le concedió el certificado para portar armas de fuego, cuya autorización caducó el día veinte de febrero de dos mil seis". En tal sentido, se colige que el arma de fuego no es de origen clandestino; es decir, que su procedencia no es ilícita, sino que fue adquirida por el Estado para el uso por los miembros de la Policía Nacional. En el caso concreto, le fue entregada al acusado como CAP PNP, que al haber pasado a la situación de retiro y haberse vencido la autorización para portarla, su posesión se tornó en irregular, por tanto la posesión del arma de parte del imputado, con una licencia vencida o caduca, no se subsume dentro del presupuesto objetivo de la norma penal, que tipifica el delito que es materia de investigación, como una posesión clandestina e ilícita. Agrega que la posesión del arma de propiedad del Estado, en un principio fue legítima por parte del acusado, pero que devino en una posesión anómala o irregular, al no haberse renovado la licencia para portar el arma de fuego, por haber pasado a la situación de retiro; en todo caso, constituye una infracción administrativa, pero no está tipificado en el artículo doscientos setenta y nueve, del Código Penal.

Tercero. Ahora bien, en atención a que en el fundamento jurídico segundo de la Ejecutoria suprema (auto de calificación), de fecha seis de noviembre del dos mil catorce, obrante a fojas veintisiete, del cuaderno formado en esta Suprema instancia, consideró necesario que la casación interpuesta por el recurrente sea admitida porque se advierte que, en la sentencia de vista, se hace una distinción entre posesión ilegal e irregular, siendo que el tipo penal no distingue entre estos dos aspectos ni tampoco reduce la ilicitud de la conducta a poseer un arma de origen clandestino, sino que el tipo sanciona la posesión ilegítima; es decir, quien no tiene la autorización para portar un arma ya sea de origen civil o del Estado. Por ello, corresponde admitir el presente recurso a efectos de analizar con mayor profundidad el problema jurídico planteado en el recurso.

III. Del motivo casacional: La errónea interpretación del artículo 279 del Código Penal

Cuarto. En cuanto al motivo casacional "indebida aplicación o errónea interpretación del artículo 279, del Código Penal", invocado por el recurrente, en primer término, se debe precisar que el tipo penal referido señala expresamente lo siguiente: "*El que, ilegítimamente, fabrica, almacena, suministra o tiene en su poder bombas, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos o sustancias o materiales destinados para su preparación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años*"[9].

Quinto. El delito de tenencia ilegal de armas de fuego se encuentra tipificado en el artículo 279, del Código Penal, modificado en cuanto a la pena por el Decreto Legislativo N.° 898. La acción delictiva de este ilícito penal consiste en fabricar, almacenar, suministrar o tener en su poder bombas, armas, municiones, explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos o sustancias o materiales destinados para su preparación, en forma ilegítima. Es una figura de peligro abstracto ya que no es necesaria la producción de un daño concreto, pues se entiende que resulta peligrosa para la sociedad la posesión de armas sin contar con la autorización administrativa correspondiente.

Configuración típica del delito de tenencia ilegal de armas de fuego

Sexto. Ahora bien, la cuestión principal se centra en determinar qué es lo que debe entenderse por tenencia ilegal y tenencia irregular de armas, a fin de colegir si la conducta atribuida al acusado Rubén Gustavo Castro Bravo se subsume debidamente en el delito de tenencia ilegal de armas

9 Artículo modificado por la Primera Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N.° 898, publicado el 27 de mayo de 1998, expedido con arreglo a la Ley N.° 26950, que otorga al Poder Ejecutivo facultades para legislar en materia de seguridad nacional.

previsto en el artículo doscientos setenta y nueve, del Código Penal o, en caso contrario, se encuentra debidamente motivada su absolución.

Séptimo. En una primera aproximación al tema materia de análisis, podemos manifestar que la cuestión de la tenencia ilegal y posesión irregular de un arma puede definirse, en primer término, desde lo dispuesto por el Decreto Supremo N.º 002-2005-IN, que aprueba el Reglamento de la Ley N.º 28397 y que regula la entrega de armas de uso civil y/o de guerra, municiones, granadas de guerra o explosivos. En los artículos cuatro y cinco, de la presente Ley, se expresa lo siguiente:

> **Artículo 4: Armas en posesión ilegal**
>
> Se consideran armas de uso civil y/o de guerra en posesión ilegal, aquellas que no se encuentren registradas en la DISCAMEC-MININTER, en la Fuerzas Armadas, Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas y en la PNP y que, por lo tanto, no cuentan con la licencia correspondiente.
>
> **Artículo 5: Armas en posesión irregular**
>
> Se consideran armas de uso civil y/o de guerra en posesión irregular, aquella que encontrándose registradas en la DISCAMEC-MININTER, en las Fuerzas Armadas y PNP tienen sus licencias vencidas, así como aquellas que no han sido transferidas conforme a Ley.

D.S. N.º 002-2005-IN: Tenencia ilegal y posesión irregular

Octavo: Así, del fundamento jurídico precedente, se puede colegir que la **tenencia ilegal o posesión ilegítima de un arma**, se da cuando el ciudadano entra en posesión del arma o la mantiene en una forma ilegal o como producto de algún delito. Este es el presupuesto del delito de tenencia ilegal de arma. En estos casos, además del ejercicio de la acción penal, procede la incautación del arma, que debe ser remitida a la DISCAMEC a disposición de la autoridad fiscal o judicial competente. En cambio, la **posesión irregular de un arma** se da cuando pese al origen legal o la legitimidad de la relación entre su poseedor y el arma, se carece de licencia. En otras palabras, solo es un caso en que no se satisfizo las exigencias de la autoridad administrativa (DISCAMEC), que reglamenta el uso y autoriza su porte mediante una licencia. Este hecho no constituye delito y conlleva sanciones administrativas como el decomiso del arma, hasta que se tramite su licencia. En este caso, el Estado solo retiene el arma —no puede expropiarlo— hasta la obtención de la licencia.

Posesión ilegítima de un arma

Posesión irregular de un arma

Noveno. En efecto, la finalidad del legislador es criminalizar la posesión de un arma por parte de una persona que ilegalmente la mantiene

consigo. Así, al tratarse de un delito de peligro abstracto, para su consumación no es necesaria la producción de un daño concreto, pues se entiende que resulta peligrosa para la sociedad la posesión de armas sin contar con la autorización administrativa correspondiente. En consecuencia, cuando dicho control que ejerce la administración pública se pierde de modo irrevocable, ya no nos encontramos ante un riesgo controlado sino ante un peligro para la sociedad, un peligro común que encaja dentro del alcance punitivo del delito de tenencia ilegal de arma de fuego.

Fin de la norma

Décimo. En el caso *sub examine*, se determinó que el acusado Rubén Gustavo Castro Bravo, al ser intervenido el diecinueve de noviembre del dos mil once, se encontraba en posesión de un arma de fuego (pistola), marca Star, calibre nueve milímetros PB, serie número dieciocho once ochocientos sesenta, de propiedad del Estado, cuando tenía la calidad de capitán PNP, en situación de retiro (debido a las dos sentencias condenatorias judiciales que se dictó en su contra, según el Informe número mil cuatrocientos setenta y ocho-dos mil doce-DIRREHUM-PNP-/OFITEL-UNINFO), y se encontraba con la licencia del arma vencida desde el veinte de febrero de dos mil seis. Asimismo, en el citado informe se señaló que de conformidad con la Directiva de Órgano DGPNP N.º 04-20-DIRLOG, del veinte de octubre de febrero del dos mil nueve, se dejó establecido que no se otorgará licencia al personal de la PNP que haya pasado a situación de retiro, por medida disciplinaria, si el hecho o hechos que le imputan legalmente están previstos como delitos.

Décimo primero. En consecuencia, si bien el acusado Rubén Gustavo Castro Bravo se mantuvo en posesión legítima del arma durante el tiempo que duró su servicio como parte de la PNP, con posterioridad pasó a la situación de retiro por sanción disciplinaria, circunstancia que impide, en todos los casos, renovar la autorización que legitimaba la posesión del arma de fuego que portaba como efectivo de la citada institución, por lo cual no es posible considerar que solo se trata de una posesión irregular de arma que solo conlleve sanciones administrativas, puesto que la licencia que tenía para portar su arma jamás podría haber sido objeto de renovación ya que en ningún modo podría recobrar vigencia, por lo que se puede concluir que estamos ante una tenencia ilegal o posesión ilegítima de arma puesto que el procesado la mantuvo en forma ilegal desde que pasó a situación de retiro y, por ende, tenía la obligación de devolver su arma de reglamento en cuanto fue separado de la institución en el año dos mil siete; por lo que nos encontramos

Posesión ilegítima en el caso concreto

ante una situación de ilegalidad y no de irregularidad, que debidamente se subsume en el artículo doscientos setenta y nueve, del Código Penal.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, **ME ADHIERO** al voto de los señores jueces supremos Neyra Flores y Loli Bonilla, que declararon:

I. FUNDADO el recurso de casación concedido por la causal referida a "indebida aplicación o errónea interpretación de la Ley penal respecto del artículo 279, del Código Penal" —prevista en el artículo cuatrocientos veintinueve, apartado tres, del Código Procesal Penal— interpuesto por el fiscal superior contra la sentencia de vista de fojas doscientos sesenta y seis, del diecisiete de diciembre de dos mil trece; que confirmó la de primera instancia de fojas cientos noventa, del cuatro de julio de dos mil trece; y absolvió a Rubén Gustavo Castro Bravo, de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito contra la seguridad pública —delito de peligro común— fabricación, suministro o tenencia de materiales peligrosos, en perjuicio del Estado.

II. En consecuencia: **NULA** la sentencia de vista de fojas doscientos sesenta y seis, del diecisiete de diciembre de dos mil trece, ordenando que se emita una nueva sentencia considerando la correcta interpretación del artículo 279, del Código Penal.

Sr. PRÍNCIPE TRUJILLO

EL VOTO DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO HINOSTROZA PARIACHI

Lima, cuatro de febrero del dos mil dieciséis

VISTOS: En audiencia pública; el recurso de casación concedido por la causal referida a "indebida aplicación o errónea interpretación de la ley penal, respecto del artículo 279 del Código Penal" —prevista en el artículo cuatrocientos veintinueve, apartado tres, del Código Procesal Penal— interpuesto por el representante del Ministerio Público, contra la sentencia de vista del diecisiete de diciembre de dos mil trece, de fojas doscientos sesenta y seis, que confirmó la sentencia de primera instancia de fecha cuatro de julio del dos mil trece, de fojas ciento noventa, que absolvió a Rubén Gustavo Castro Bravo de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito contra la Seguridad Pública —delito de peligro común— fabricación, suministro o tenencia de materiales peligrosos, en agravio del Estado.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Del itinerario del proceso en primera instancia

Primero. Se imputa al procesado Rubén Gustavo Castro Bravo, miembro de la Policía Nacional del Perú, quien pasó al retiro por medida disciplinaria en el año dos mil siete, haber sido sorprendido en posesión de un arma de fuego, cuya

licencia había caducado; hecho sucedido en las siguientes circunstancias: con fecha diecinueve de noviembre de dos mil once, el Mayor PNP Carlos Castilla Pasapera-Jefe de la Policía de Carreteras de Nazca, intervino a un vehículo, y entre los pasajeros se encontraba el imputado, quien se negó a identificarse, indicando que era "Mayor de la PNP", sin embargo ante la intervención de la señora fiscal pudo identificársele, como el mayor Castro Bravo a quien se le observa que tenía un arma de fuego que lo llevaba en una sobaquera cubierta con una casaca. Al pedirle la licencia, este entregó un carnet de certificado de arma de fuego N.º 7017, con fecha de caducidad, veinte de febrero de dos mil seis; al no contar con la licencia respectiva, fue puesto a disposición de la sección delitos de la Comisaría de Nazca, por posesión ilegítima de arma de fuego. El tipo de arma corresponde a una pistola marca STAR, calibre 9 mm PB, serie N.º 1811860, abastecida con seis municiones; pistola de propiedad del Estado Peruano.

Segundo. Con fecha cuatro de julio de dos mil trece, el Primer Juzgado Penal Unipersonal de Nazca emitió sentencia a favor de Rubén Gustavo Castro Bravo, quien fue absuelto de la acusación fiscal por el delito contra la seguridad pública, tenencia ilegal de armas, previsto y penado en el artículo doscientos setenta y nueve del Código Penal (tipo base), en agravio del Estado peruano; remitiéndose los objetos incautados a la Dirección de Logística de la Policía Nacional del Perú, debiéndose oficiarse con este fin a la DISCAMEC.

II. Del trámite recursal en segunda instancia

Tercero. La Sala Mixta y Penal de Apelaciones de Nazca, de la Corte Superior de Justicia de lea, culmina la fase de traslado de la impugnación, no admitiéndose nuevos medios de prueba, y realizada la audiencia de apelación, cumplió con emitir la sentencia de apelación de fojas doscientos sesenta y seis, del diecisiete de diciembre de dos mil trece, confirmando la sentencia de primera instancia, que absolvió de la acusación fiscal al procesado Castro Bravo.

Cuarto. El Colegiado Superior arribó a esta decisión absolutoria por cuanto consideró que existe insuficiencia de pruebas, lo cual genera duda sobre la culpabilidad del acusado en la comisión del delito de tenencia ilegal de armas de fuego, por lo que no es posible imponer una sanción penal al procesado ya que para ello el ilícito atribuido debe estar acreditado con las pruebas actuadas, en forma fehaciente e indubitable, lo que no sucede en el caso concreto por tratarse de un arma de fuego del Estado, cuya posesión es irregular porque la licencia para portarla había caducado.

III. Del trámite del recurso de casación interpuesto por el fiscal superior

Quinto. Leída la sentencia de vista, el fiscal superior interpuso recurso de casación mediante escrito de fojas doscientos setenta y nueve, e invocó la causal prevista en el inciso tres: "*Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación*". Al respecto, cumplió con precisar que la errónea

interpretación está referida al artículo doscientos setenta y nueve del Código Penal, —modificado por la primera Disposición Complementaria del Decreto Legislativo número ochocientos noventa y ocho—, esto es, que al encausado se le encontró un arma de fuego de propiedad del Estado, teniendo dicho encausado la situación de retiro por medida disciplinaria, debido a dos sentencias condenatorias, encontrándose la licencia de posesión vencida desde el veinte de febrero de 2006; asimismo, que el procesado no se encontraba en la posibilidad de renovar su licencia de portar armas y, por tanto, su conducta es ilegal, debiendo ser la correcta interpretación del artículo doscientos setenta y nueve del Código Penal, por lo que resulta posesión ilegitima el portar un arma de fuego con licencia vencida.

Sexto. Cumplido el trámite de traslados a los sujetos procesales por el plazo de diez días, esta Suprema Sala, mediante Ejecutoria de fojas veintisiete, del seis de noviembre del dos mil catorce, —obrante a fojas veintisiete del cuadernillo formado en esta suprema instancia—, en uso de su facultad de corrección, admitió el trámite del recurso de casación por el motivo previsto en el inciso tres, del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal; esto es, por errónea interpretación de la ley penal.

Séptimo. Instruido el expediente en Secretaría, señalada la fecha para la audiencia de casación el día catorce de julio de dos mil quince, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, con intervención de las partes, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

Octavo. Deliberada la causa en secreto y votada el día veintidós de julio del dos mil quince, se produjo discordia, siendo el voto de los señores jueces supremos Villa Stein, Rodríguez Tineo y Pariona Pastrana porque se declare infundado el recurso de casación; mientras que el voto de los señores jueces supremos Neyra Flores y Loli Bonilla es porque se declare fundado el recurso de casación y, en consecuencia, nula la sentencia de vista y se emita una nueva sentencia; adhiriéndose el señor juez supremo Príncipe Trujillo al voto de los señores jueces supremos Neyra Flores y Loli Bonilla porque se declare fundado el recurso de casación y se declare nula la sentencia de vista, conforme al voto que obra a folios cincuenta.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Del ámbito de la casación

Primero. Mediante Ejecutoria suprema de fecha seis de noviembre del dos mil catorce, obrante a fojas veintisiete del cuaderno de casación, se admitió a trámite el recurso de casación, para establecer en sede casatoria, la validez de la distinción entre posesión ilegal e irregular de arma de fuego, siendo que el tipo penal no distinguiría entre estos dos aspectos, ni tampoco reduce la ilicitud de la conducta a poseer un arma de origen clandestino, sino que el tipo sanciona la posesión ilegitima, es decir, quien no tiene la autorización para portar un arma ya sea de origen civil o del Estado.

Segundo. El carácter de recurso extraordinario que ostenta la casación se debe a los principios que la gobiernan; por lo tanto, la elaboración de la demanda, la construcción de la proposición jurídica, como su tramitación y resolución, se deben desarrollar dentro de una sistemática que le dé orden y coherencia. Entre estos principios debemos destacar el principio de trascendencia, en virtud del cual se subraya que: En el error judicial, por definición, se afecta el debido proceso, por cualquiera de sus vertientes, bien sea de estructura, de garantía o conceptual; o de juicio, que produce una violación de la ley sustancial, bien sea de manera directa o indirecta. *Ese error debe ser, además de grave, de tal magnitud que necesaria e indetectiblemente tenga repercusiones nocivas para la constitucionalidad y legalidad en el resultado de la sentencia para el impugnante, que si no se hubiera presentado, fuera favorable ese resultado, o menos gravoso.*

Principio de trascendencia del error judicial

El error en sí mismo no es causal de casación, sino en cuanto produce un efecto sobre la sentencia. De manera que el error *in procedendo o in iudicando,* que tiene vocación para que prospere un recurso extraordinario de casación, no es cualquiera, porque en la actividad judicial, por ser actividad humana, se cometen errores, que no tienen la entidad ni la importancia para ser demandables. Incluso existiendo errores graves, algunos no tienen trascendencia en la sentencia.

El error como causal de casación

El cargo desarrollado por el impugnante extraordinario debe sobrepasar el ámbito de la disidencia propia de las instancias. Por lo mismo, el censor, en la construcción de la proposición jurídica, necesaria e indefectiblemente, para que sea completa y correcta, debe identificar y mostrar el error, catalogándolo como de procedimiento o de juicio, los dispositivos jurídicos vulnerados y, además, mostrar la trascendencia de ese error y *sus perniciosos efectos en los resultados de la sentencia.*

Trascendencia y efectos del error

Según Ernesto García Maañon: *"[...] el vicio* ***debe recaer en un acto que haya determinado la decisión contenida en el fallo de modo esencial.*** *Dicha condición se percibe mediante el empleo del método de supresión mental hipotética,* ***por el cual eliminando el acto viciado mediante una conjetura,*** **se** ***advierte que la sentencia hubiera resultado diferente. El caso contrario, el recurso devendría en una cuestión abstracta"***[10].

Error esencial en el fallo

Tercero. Ahora bien, el representante del Ministerio Público denuncia que la sentencia absolutoria vulneró la "correcta aplicación o adecuada interpretación de la ley penal", referido a la posesión o tenencia ilegal

10 Rodríguez Choconta, Orlando Alfonso, *Casación y Revisión Penal*, Editorial Temis, Bogotá 2008, p. 83.

de un arma de fuego de quien inicialmente detentó su posesión con una licencia válida y vigente en su condición de miembro de la Policía Nacional del Perú, hasta el momento en el que fue pasado a la situación de retiro, sobre el cual mantuvo su posesión de forma ilegal hasta el momento de su intervención, configurando con ello el delito de tenencia ilegal de arma de fuego.

El delito de tenencia ilegal de armas de fuego, previsto en el artículo doscientos setenta y nueve del Código Penal, tiene como objeto de protección o tutela la seguridad de la comunidad frente a riesgos por la libre circulación y tenencia de armas de fuego, que no se encuentren bajo registro o control; esto es, lo restricción del uso **ilegítimo** de un arma, que incrementa su mayor peligrosidad, si se encuentra desprovisto de todo control de la Administración; lo cual resulta útil a efectos de incorporar un baremo de legitimidad a la intervención del derecho penal.

Objeto de tutela del delito de tenencia ilegal de armas

Cuarto. El método de interpretación de dicho tipo legal, a criterio del Juez Supremo que suscribe, debe ser el teleológico; es decir, debe valerse de una interpretación conforme a la finalidad[11] de la norma penal acotada y a su objeto de protección; esto es, en el análisis del núcleo duro de la calificación típica referida a: "El que, **ilegítimamente**, fabrica, almacena, suministra o **tiene en su poder** bombas, **armas**, municiones o materiales explosivos [...]"; en estricto, el contenido y alcance del significado de **"ilegitimidad"** en la posesión o tenencia ilegal de armas, que involucran a los supuestos en los que esta situación de ilegitimidad se originan a partir de una irregularidad administrativa[12], esto es, falta de renovación de la licencia ante el vencimiento expreso; esto último es contrariamente distinto a la falta de licencia o permiso absoluto para portarlas, lo que anula toda legitimidad en su posesión, y que sí configuraría el ilícito penal de tenencia ilegal de armas de fuego.

Necesidad de una interpretación teleológica

Quinto. De este modo, se advierte que existe la delgada línea de interpretación legal entre la irregularidad administrativa ocasionando una tenencia irregular de un arma de fuego, frente a la inexistencia de licencia, que configura, por sí misma, la tipicidad del delito de tenencia ilegal de arma de fuego; lo cual puede ser resuelto al amparo del análisis

11 Estos es, deberá emplearse los criterios de interpretación teleológicos, lo cual se plasma: "cuando se busca el sentido o finalidad de la norma". Villa Stein, Javier. *Derecho Penal. Parte General.* Lima: Grijley 2008, p. 137.

12 En referencia a la carencia de algún elemento esencial que le dote de validez para su ejecutabilidad.

conforme al fin de protección de la ley penal[13], propuesta por la moderna teoría de la imputación objetiva, de procedencia del sistema Roxin, por el que prima el ámbito de tutela de la norma penal, debiendo entenderse que la norma penal que regula el delito de tenencia ilegal de armas, está dirigida a preservar la seguridad pública frente al peligro o ejercicio ilegitimo en el uso de un arma que no presenta registro o inscripción en la Administración correspondiente; en consecuencia esa **ilegitimidad es absoluta** y no relativa; ámbito de tutela que se contrapone respecto de quien habiendo tenido licencia válida para la posesión de armas, se encuentra luego en posesión irregular por efectos de la licencia vencida o no renovada. Esta interpretación sigue la línea jurisprudencial que señala: "*no se configura el delito de tenencia ilegal de armas*, pues *el inculpado si poseía licencia para el manejo de su arma y la no renovación de la misma a la fecha en que sucedieron los hechos conlleva a una irregularidad de carácter administrativo, no pasible de sanción penal, toda vez que su posesión si es legítima*"[14].

Tenencia irregular y tenencia ilegal: distinción

Sexto. Que, el derecho penal interviene cuando por el carácter de la ofensividad o lesividad[15] de la conducta, estos resulten sumamente gravosos[16], y de ultima ratio[17]; en consecuencia la mera carencia de una autorización estatal vigente, para portar armas, tratándose de armas de propiedad del Estado o armas de uso particular, no configura el delito de tenencia ilegal de armas; lo que debe reprimirse penalmente es el uso clandestino de un bien peligroso, el cual se encuentra desprovisto de todo control de la Administración, esto es presenta una ilegitimidad absoluta por falta de licencia. Si bien el encausado inobservó la reglamentación institucional de la Policía Nacional del Perú, conforme a la cual debió haber internado el arma en los almacenes de la DIVARM-DIRLOG-PNP de conformidad con la Directiva de Órgano DG-PNP N.º (M-20-DIRLOG/PNP del 20 de Octubre del 2009, que dispone que se expida licencia de arma de fuego al personal que se encuentra en situación de disponibilidad y retiro que sea pensionable; y que no se le

13 Conforme a este principio "antes de imputar un resultado hay que atender al objeto de tutela de la norma". Villa Stein, Javier, *Derecho penal. Parte general.* Lima: Ara Editores, p. 301.

14 El Código Penal en su jurisprudencial. Gaceta Jurídica. Primera edición. Mayo 2007. Primera reimpresión octubre 2007. Lima-Perú, p. 353.

15 La lesividad en el derecho penal debe preconizar su intervención mínima

16 Carácter fragmentario del derecho penal.

17 El derecho penal debe actuar en forma subsidiaria en la protección de bienes jurídicos, de modo tal que solo se puede hacer intervenir, cuando no existan otros medios de solución social del problema; en Villavicencio Terreros, Felipe, *Derecho Penal. Parte General,* Grijley. Lima, 2006, p. 93.

renovaría su licencia ya caducada por encontrarse en situación de retiro por medida disciplinaria; sin embargo el seguir manteniendo el arma de fuego en su poder, constituye una posesión irregular pero no ilegítima. Para este supuesto existen mecanismos legales y administrativos de sanción menos lesivos que el derecho penal, por cuanto se trata de una infracción administrativa, donde la intervención del Estado, y de todo su poder coercitivo penal, se encuentran limitados.

Séptimo. Que, finalmente, el juez supremo que suscribe considera que este Supremo Tribunal debe establecer una línea jurisprudencial de carácter general respecto a la interpretación de los tipos penales, cuando el caso lo requiera; lo que no sucede con el petitorio del Ministerio Público, que solo tiene interés en este caso concreto. La ilegitimidad de la conducta sería la que daría contenido a la acreditación del comportamiento típico —en su categoría formal—, y que a criterio del suscrito debe ser absoluta y no relativa, es decir, para que un hecho sea punible el agente no debe contar con ningún tipo de autorización para portar armas; en cambio, si tiene una licencio oficial ya vencida, se tratará de una posición irregular; siendo irrelevante que al solicitar la renovación de dicha licencia, la autoridad administrativa acepte o deniegue tal pedido. Lo que debe sancionar la norma es una posesión o tenencia a todas luces clandestina. En consecuencia, concuerdo con el voto de los señores jueces supremos Villa Stein, Rodríguez Tineo y Pariona Pastrana.

Octavo. Que, el artículo quinientos cuatro, apartado dos, del Código Procesal Penal, establece que las costas serán pagadas por quien interpuso un recurso sin éxito, las cuales se imponen de oficio conforme al apartado dos del artículo cuatrocientos noventa y siete del citado Código Procesal; sin embargo, estando a lo dispuesto por el inciso uno del artículo cuatrocientos noventa y nueve, el Ministerio Público se encuentra exenta del pago de costas.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, **ME ADHIERO** al voto de los señores jueces supremos Villa Stein, Rodríguez Tineo y Pariona Pastrana, que declararon:

I. INFUNDADO el recurso de casación "por indebida aplicación o errónea interpretación de la ley penal, prevista en el artículo 279 del Código Penal interpuesto por el representante del Ministerio Público".

II. NO CASARON la sentencia de vista del diecisiete de diciembre de dos mil trece, de fojas doscientos sesenta y seis, que confirmó la sentencia de primera instancia de fecha cuatro de julio de dos mil trece, de fojas ciento noventa que

absolvió a Rubén Gustavo Castro Bravo de la acusación fiscal por el delito de fabricación, suministro o tenencia de materiales peligrosos en agravio del Estado, con lo demás que contiene.

III. EXONERARON el pago de las costas del recurso de casación al representante del Ministerio Público.

IV. DISPUSIERON Que la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de lea y las demás Cortes Superiores de los distritos judiciales a nivel nacional consideren como doctrina jurisprudencial vinculante, los considerandos cuarto, quinto y sexto de los (fundamentos de derecho) de la presente sentencia casatoria, de conformidad con el inciso cuatro, del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal; y se publique en el diario oficial *El Peruano*.

V. ORDENARON convocar al magistrado llamado por ley para que dirima discordia.

VI. MANDARON se cursen las notificaciones a las partes y se adjunten los votos emitidos.

Sr. HINOSTROZA PARIACHI

SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N.º 211-2014
ICA

Lima, cinco de febrero de dos mil dieciséis.

AUTOS y VISTOS: con la razón de relatoría que antecede

ATENDIENDO

Primero. Que, el Ministerio Público plateó casación por la causal referida a indebida aplicación o errónea interpretación de la ley penal, respecto del artículo 279 del Código Penal. Que los señores Villa Stein, Rodríguez Tineo y Pariona Pastrana votaron porque se declare infundado el recurso de casación, y los señores Príncipe Trujillo, Neyra Flores y Loli Bonilla porque se declare fundado el recurso de casación, y en consecuencia se realice un nuevo juicio oral por otro colegiado; por ello se convocó al señor Hinostroza Pariachi para que dirima discordia.

Segundo. Que, en la fecha, el señor Hinostroza Pariachi cumplió con emitir el voto que le corresponde, que coincide con el emitido por los jueces supremos señores Villa Stein, Rodríguez Tineo y Pariona Pastrana, en el sentido que se declare infundado el recurso de casación; por tanto, a la fecha hay cuatro votos conformes, por lo que hay resolución, porque se declare **INFUNDADA** la casación "por indebida aplicación o errónea interpretación de la Ley Penal, prevista en el

artículo 279 del Código Penal" interpuesta por el representante del Ministerio Público; en consecuencia **NO CASARON** la sentencia de vista del diecisiete de diciembre del dos mil trece, que confirmó la sentencia de primera instancia de fecha cuatro de julio del dos mil trece, que absolvió a Rubén Gustavo Castro Bravo de la acusación fiscal por el delito de fabricación, suministro o tenencia de materiales peligrosos en agravio del Estado, con lo demás que contiene.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. SEÑÁLESE audiencia de lectura de sentencia para el diez de febrero del dos mil dieciséis a las doce horas.

II. REMÍTASE oportunamente los actuados al lugar de origen para los fines de ley; notifíquese y adjúntese el voto del señor Hinostroza Pariachi.

Sr. NEYRA FLORES

II.
TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

1.
CASACIÓN N.º 738-2014-CAJAMARCA
EL PROFESIONAL SANITARIO COMO SUJETO ACTIVO DEL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

Casación	**N.º 738-2014-Cajamarca**
Fecha	29.09.2015
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponente	Josúe Pariona Pastrana
Tema	El profesional sanitario como sujeto activo del delito de tráfico ilícito de drogas.
Doctrina jurisprudencial vinculante	ff. jj. n.os 2.2-2.4
Concordancia	Código Penal: art. 297.3 Código Procesal Penal: arts. 433.3 y 429

SUMILLA:
Para configurar la agravante por tráfico ilícito de drogas, contenida en el inc. 3 del artículo 297°, el sujeto activo debe cumplir con las siguientes condiciones: a) Posea título profesional universitario, es decir, el sujeto activo debe haber obtenido la licenciatura en la especialidad de alguna profesión sanitaria. b) Ser miembro de un Colegio Profesional, pues el agente deberá encontrarse habilitado para ejercer su profesión por un Colegio Profesional; c) Realizar conductas destinadas al tráfico ilícito de drogas en el desarrollo de sus actividades profesionales, pues el agente deberá realizar el injusto de acuerdo con las funciones propias de su profesión.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 738-2014
CAJAMARCA

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintinueve de setiembre de dos mil quince

VISTOS; en audiencia pública, el recurso de casación concedido de oficio por la causal establecida en el numeral tercero del artículo 429º del código Procesal Penal, interpuesta por la defensa técnica del encausado Eliter Sánchez Mera contra la sentencia de vista del diecisiete de setiembre de dos mil catorce; interviene como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana .

I. ANTECEDENTES

PRIMERO: DECISIÓN CUESTIONADA

1.1. En el presente caso, se cuestiona la sentencia de vista del diecisiete de setiembre de dos mil catorce —fojas doscientos ochenta y tres—, que confirmó la sentencia de primera instancia del veintiocho de enero de dos mil catorce —folios ciento sesenta y cuatro— que condenó al encausado Eliter Sánchez Mera como autor del delito contra la salud pública -posesión de drogas tóxicas para tráfico, en la modalidad agravada del inciso 3 del artículo 297 del Código Penal y artículo 296, segundo párrafo, del acotado Código, en agravio del Estado; imponiéndole 15 años de pena privativa de libertad, diez mil nuevos soles por reparación civil y ciento ochenta días multa, e inhabilitación para ejercer cualquier cargo público como profesional de técnico en enfermería, por el periodo de diez años.

SEGUNDO: ITINERARIO DEL PROCESO EN PRIMERA INSTANCIA

2.1. El encausado Sánchez Mera fue procesado penalmente con arreglo al nuevo Código Procesal Penal. El señor Fiscal Provincial mediante requerimiento del dieciséis de agosto de dos mil trece —fojas uno— formuló acusación en su contra por delito contra la salud pública —posesión de drogas tóxicas para el tráfico—, en agravio del Estado, previsto en el segundo párrafo del artículo 296 concordado con el inciso 3 del artículo 297º del Código Penal, en agravio del Estado.

2.2. El señor Juez de Investigación Preparatoria llevó a cabo la audiencia de control de la acusación, conforme se advierte del acta de quince de noviembre de dos mil trece —fojas catorce—. El auto de citación a juicio fue expedido por el Juzgado Penal Colegiado el veintidós de noviembre de dos mil trece —fojas treinta y tres—.

2.3. Seguido el juicio de primera instancia —como se advierte de las actas de los fojas setenta y ocho, ochenta y siete, noventa y cuatro, ciento dieciocho, ciento veintisiete, ciento cuarenta y cinco y ciento cincuenta y cuatro— el Juzgado Penal Colegiado dictó la sentencia del veintiocho de enero de dos mil catorce —fojas ciento sesenta y cuatro—, que lo condenó como autor del delito contra la salud pública —posesión de drogas tóxicas para el tráfico—, en agravio del Estado, imponiéndole quince años de sanción y fijando en diez mil nuevos soles el monto de la reparación civil.

2.4. El señor abogado defensor del encausado Sánchez Mera interpuso recurso de apelación mediante escrito de fojas ciento ochenta. Dicho recurso fue concedido

mediante auto del cinco de febrero de dos mil catorce —fojas ciento ochenta y ocho—.

TERCERO: ITINERARIO DEL PROCESO EN SEGUNDA INSTANCIA

3.1. Culminada la fase de traslado de la impugnación, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca emplazó a las partes a fin de que concurrieran a la audiencia de apelación de sentencia, la cual se realizó el veintisiete de agosto de dos mil catorce —fojas doscientos setenta y siete—, cumpliendo el Tribunal de Apelación con emitir y leer en audiencia pública la sentencia de apelación del diecisiete de setiembre de dos mil catorce —folios doscientos ochenta y tres—. La sentencia de vista, recurrida en casación, confirmó la de primera instancia que lo condenó como autor del delito indicado.

CUARTO: ITINERARIO DEL RECURSO DE CASACIÓN

4.1. Leída la sentencia de vista, la defensa técnica del encausado formuló recurso de casación correspondiente mediante escrito de fojas doscientos noventa y cinco.

4.2. Concedido el recurso por auto de trece de octubre de dos mil catorce de fojas trescientos treinta, se elevó la causa a este Supremo Tribunal el veinticuatro de noviembre de dos mil catorce.

4.3. Cumplido el trámite de traslado a los sujetos procesales por el plazo de diez días, esta Suprema Sala Penal mediante Ejecutoria de veintidós de mayo de dos mil quince —fojas cuarenta y dos del cuadernillo formado en esta Instancia—, en uso de su facultad de corrección, admitió de oficio el trámite del recurso por los motivos previstos en el numeral tercero del artículo 429° del Código Procesal Penal.

4.4. Se realizó la audiencia conforme se aprecia de fojas cincuenta y cuatro quedando la causa expedita para emitir decisión.

4.5. Deliberada la causa en secreto y votada en la fecha, esta Suprema Sala Penal cumple con emitir la presente sentencia, cuya lectura se llevará a cabo en audiencia pública el seis de octubre del año en curso a horas ocho horas treinta minutos.

II. CONSIDERANDOS

PRIMERO: FUNDAMENTOS JURÍDICOS

A. Presupuestos normativos generales

1.1. El inciso tercero del artículo 429° del Código Procesal Penal, establece como una de las causales para interponer recurso de casación, cuando: "La sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación".

1.2. La errónea interpretación de la ley penal está referida a un precepto legal de decisiva influencia en la parte resolutiva de la sentencia. Así, la norma infringida debe ser de carácter sustantivo (normas del Código Penal y leyes penales especiales) en cuanto definidores: a) de la infracción penal (bases de la punibilidad y tentativa); b) de las personas responsables (autoría y participación); c) de las penas y circunstancias determinantes de la aplicación de las mismas, así como de las reglas para su imposición y medición; d) de la aplicación y graduación de las medidas de seguridad; e) de la extinción de la acción penal y de la pena; f) de las consecuencias accesorias del delito; y, g) de la responsabilidad civil derivada del delito[1]. También se comprende a las leyes penales en blanco, en tanto son normas no penales de carácter sustantivo, que deben ser observadas en aplicación de la ley penal[2].

Errónea interpretación de la ley penal

1.3. La sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el expediente N° 0010-2002-AI/TC (Fundamentos jurídicos 44 *et pássim*) **relativo al Principio de legalidad e Interpretación de la Ley Penal,** puntualiza que: "El principio de legalidad penal ha sido consagrado en el literal "d" del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, según el cual *"Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible (...)"*. Igualmente, este principio ha sido recogido por los principales instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículo 11°, numeral 2; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 9°; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 15°)°. **En esta línea, el principio de legalidad exige no sólo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en la ley.** Esto es lo que se conoce como el mandato de determinación, que prohíbe la promulgación de leyes penales indeterminadas, y constituye una exigencia expresa en nuestro texto constitucional al requerir el literal "d' del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución que la tipificación previa de la ilicitud penal sea "expresa e inequívoca" (*Lex certa*), pudiendo existir un margen limitado de indeterminación como consecuencia de la propia naturaleza del lenguaje.

Principio de legalidad e interpretación de la ley penal

1.4. De lo vertido se desprende que –tipificado previa y claramente el delito, y cometido éste- el Estado se encuentra legitimado y limitado para sancionar únicamente la conducta en que consiste el delito y no

1 SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal,* Volumen 2. Grijley. 2006. pp. 1003-1004

2 *Ibídem.* p. 1004

otra circunstancia adicional, es decir, resultan susceptibles de sanción sólo aquellos comportamientos que se encuentren expresamente recogidos en el tipo penal. El principio de legalidad penal, entonces, restringe la actuación del Estado a la evaluación objetiva de la conducta, proscribiendo el análisis de cualquier otra conducta que no esté expresamente plasmada en la norma penal. Esto es consecuencia del hecho de que solamente puede ser sancionado aquel comportamiento calificado como reprobable al sujeto que lo realiza. En este aspecto se aprecia la convergencia entre el principio de legalidad penal y el principio de culpabilidad, que consiste en la calificación de reprobable que debe recaer sobre cierta conducta humana y su consecuente tipificación, para poder ser objeto de punición estatal. Por ello, al consagrarse expresamente el principio de legalidad, de modo implícito queda a su vez consagrado el principio de culpabilidad[3].

Principio de legalidad como límite a la actuación del Estado

1.5. El inciso 3 del artículo 433° del Código Procesal penal —referente al contenido de la sentencia casatoria y Pleno casatorio— establece que: *"(...) **la Sala, de oficio** o a pedido del Ministerio Público, podrá decidir, atendiendo a la naturaleza del asunto objeto de decisión, que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial vinculante a los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la propia Corte Suprema, la cual permanecerá hasta que otra decisión expresa la modifique. Si existiere otra Sala Penal o ésta se integra con otros Vocales, sin perjuicio de resolverse el recurso de casación, a su instancia, se convocará inmediatamente al Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema para la decisión correspondiente, que se adoptará por mayoría absoluta. En este último supuesto no se requiere la intervención de las partes, ni la resolución que se dicte afectará la decisión adoptada en el caso que la motiva. La resolución que declare la doctrina jurisprudencial se publicará en el diario oficial".*

Contenido de la sentencia casatoria

B. Presupuestos normativos específicos: análisis de la agravante regulada en el 297°, inciso 3, del Código Penal

1.6. El artículo 297°, inciso 3, del Código Penal establece taxativamente como agravantes del delito de tráfico ilícito de drogas cuando el sujeto activo sea profesional sanitario. Entre los profesionales sanitarios reconocidos taxativamente por la norma se encuentran los médicos,

Profesional sanitario como sujeto activo

3 *No debe desconocerse la importancia trascendental de los principios reconocidos en el Título Preliminar del Código Penal, los cuales deben ser considerados como criterios rectores de interpretación para la aplicación de las normas de la Parte General y Parte Especial. La determinación de estos principios presupone la legitimación de carácter constitucional de las normas del Código Penal. "La ley no se justifica en sí misma, sino en su necesidad y racionalidad para contribuir al orden social que dibuja la Constitución",* MEINI MÉNDEZ, Iván. *Lecciones de Derecho Penal - Parte General.* Fondo Editorial PUCP. 2014. p. 29.

es decir, la persona legalmente autorizada para profesar y ejercer la medicina[4]; los químicos y farmacéuticos, son los responsables de la dispensación y de la información y orientación al usuario sobre la administración, uso y dosis del producto farmacéutico, su interacción con otros medicamentos, sus reacciones adversas y sus condiciones de conservación[5]; y los odontólogos, profesionales dedicados al estudio de los dientes y del tratamiento de sus dolencias[6]. Asimismo, esta agravante también prevé que pueden tener la condición de sujeto activo "quien ejerza otra profesión sanitaria".

1.7. Esta agravante es una ley penal en blanco, por encontrarse vinculada a normativa extrapenal. Así, el legislador recurre a leyes penales en blanco debido al dinamismo de la vida moderna. En estos casos, el tipo penal realiza una descripción muy general de la conducta penalmente prohibida, remitiéndose a regulaciones extrapenales para especificar su contenido[7].

Supuestos de ley penal en blanco

1.8. En ese sentido, resulta necesario hacer precisiones respecto a dos puntos esenciales para la determinación de responsabilidad por la configuración de esta agravante y una adecuada interpretación de la ley penal: **1) Cómo debe interpretarse la referencia a "quien ejerza otra profesión sanitaria" y, por tanto, quiénes se encuentran comprendidos en la calidad especial de sujeto activo dentro de esta categoría; y 2) si para la configuración basta con poseer la calidad especial de sujeto activo o se requiere, además, que el tráfico ilícito de drogas se realice durante el ejercicio de la actividad profesional.**

B.1. Configuración de la agravante por la condición especial de profesional sanitario

1.9. Al tratarse de una ley penal en blanco se debe recurrir a la norma extrapenal competente que permita aclarar la cualidad especial del profesional sanitario o de salud que pueda ser comprendido como sujeto activo de la agravante en cuestión; así, serán las normas del sector salud las que establecerán las exigencias del profesional para el ejercicio

Profesional de salud como sujeto activo

4 Definición tomada del portal web de la RAE.

5 Definición tomada del artículo 33 de la Ley General de Salud, Ley N° 26842.

6 Definición tomada del portal web de la RAE.

7 García Cavero, Percy. *Derecho Penal. Parte General.* Jurista. 2012. p. 297. Véase también Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal, Parte General.* Editorial Reppertor. Barcelona. 2008. p. 66-68. "Se habla de *"leyes penales en blanco" para referirse a ciertos preceptos penales principales que, excepcionalmente, no expresan completamente los elementos específicos del supuesto de hecho de la norma secundaria, sino que remiten a otro u otros preceptos o autoridades para que completen la determinación de aquellos elementos."*

de la profesión sanitaria. En ese sentido, la Ley General de Salud, Ley 26842, establece en su artículo 22º[8] que "para desempeñar actividades profesionales propias de la medicina, odontología, obstetricia, farmacia o cualquier otra relacionada con la atención de la salud, se requiere tener título profesional universitario y cumplir con los requisitos de colegiación, especialización, licenciamiento y demás que dispone la ley"[9].

1.10. De acuerdo con la Ley General de Salud, para el desempeño de actividades profesionales propias de dicho sector se requerirá que el agente tenga título profesional universitario y que, además, cuente con una membresía en alguno de los Colegios profesionales de acuerdo con la especialidad.

1.11. El artículo 297º, inciso 3, del Código Penal hace una clasificación abierta de los profesionales de la salud que puedan ser comprendidos como sujeto activo, al establecer que, además de los médicos, farmacéuticos, químicos y odontólogos, también podrán cometerlo quien "ejerza otra profesión sanitaria".

1.12. Ahora bien, la Organización Mundial de la Salud (OMS) en el informe "Perfil mundial de los trabajadores sanitarios"[10], explica que la expresión "trabajador sanitario" se aplica a toda persona que lleva a cabo tareas que tienen por principal finalidad promover la salud. El sentido que la OMS confiere al término se basa en el modo en que ésta define el sistema sanitario, que englobaría aquellas actividades cuyo principal objetivo es la mejora de la salud. Sin embargo, esta concepción sobre trabajador sanitario para dotar de contenido al elemento quien "ejerza otra profesión sanitaria", es amplia e imprecisa, y comprendería, además de los profesionales de la salud, a ciudadanos que no posean esta condición pero que realicen actividades o brinden apoyo de esa naturaleza, lo que colisionaría con el principio de legalidad y la exigencia

"Trabajador sanitario"

8 Artículo modificado por la Quinta Disposición Complementaria, Derogatoria y Final de la **Ley Nº 27853, del 23 de octubre de 2002**. Señala: "*Artículo 22.- Para desempeñar actividades profesionales propias de la medicina, odontología, obstetricia, farmacia o cualquier otra relacionada con la atención de la salud, se requiere tener título profesional universitario y cumplir además con los requisitos de colegiación, especialización, licenciamiento y demás que dispone la Ley.*"

9 La Ley General de Salud, en su artículo 22, originalmente estableció que para desempeñar actividades de las profesiones médicas se requería título profesional (universitario y técnico). Sin embargo, con la modificación de la Ley 27853, de 23 de octubre de 2002, se delimitó el círculo de potenciales autores al exigirse que el título profesional debe ser universitario.

10 Disponible en: http://www.who.int/whr/2006/06_chap1_es.pdf. Revisado el 29 de septiembre de 2015 a las 6:00 horas.

de la cualidad especial del profesional sanitario o de salud que requiere la agravante en cuestión.

Extensión del sujeto activo

1.13. Por lo que corresponde adoptar, al igual que para la delimitación de los profesionales comprendidos expresamente en esta agravante, lo establecido por el artículo 22° de la Ley General de Salud, en el sentido que deberá comprenderse entre quienes "ejerzan otra profesión sanitaria" a otros profesionales de la salud que cuenten con título profesional universitario y que cuenten con membresía en algún Colegio Profesional.

B.2. Configuración de la agravante cuando el agente ejerce una profesión sanitaria

Configuración de la agravante

1.14. En cuanto a lo referido a la configuración de la agravante, es necesario precisar si basta con realizar alguna de las modalidades del tipo base del tráfico ilícito de drogas y poseer la condición especial de sujeto activo o se requiere que el tipo base se configure durante el ejercicio de la actividad profesional.

Origen de la modalidad agravada

1.15. Esta modalidad agravada tiene su origen en la Ley N° 4428, del 26 de noviembre de 1921, artículo 10 inciso 2 d), la cual sancionaba a todo aquel que lucre con drogas, y entre los supuestos agravados regulaba la **actuación** de los médicos, odontólogos o veterinarios que expidan recetas para facilitar el abuso de esas sustancias[11].

Fundamentos de la agravante

1.16. La conducta de los sujetos que posean la condición de profesionales sanitarios, como agravante, no es más lesiva solo por sus conocimientos adquiridos durante su formación profesional, sino por la facilidad que representan éstos en el desarrollo material de actividades profesionales destinadas al tráfico ilícito de drogas. Los conocimientos especiales sólo adquieren relevancia para el tipo penal cuando van referidos a un hecho objetivamente desvalorado por la norma y ajustados a un rol[12]. Por lo que, sancionar a un agente solo por el hecho de su condición de profesional sanitario, importa la implantación de una forma de derecho penal de autor que el Estado constitucional de derecho recusa[13].

Configuración de la agravante

1.17. En ese sentido, la agravante se configurará cuando el sujeto que posea la condición de profesional sanitario, realice en el marco de las

11 Frisancho Aparicio, Manuel. *Tráfico ilícito de drogas y lavado de activos.* Jurista. 2006. p. 128.

12 Cfr. Feijoo Sánchez, Bernardo, *Imputación objetiva en Derecho penal.* Grijley. Lima. 2002. p. 114.

13 Vid. Villavicencio Terreros, Felipe. *Derecho Penal, Parte General.* Grijley, 2010, p. 113.

funciones propias de su profesión actividades destinadas al tráfico ilícito de drogas.

1.18. Así, en doctrina se ha establecido que "el tipo objetivo no se realiza por la mera concurrencia de circunstancias personales, sino que es preciso que se actúe abusando de la profesión, oficio o cargo en que se concretan estas circunstancias personales, de modo tal que el agente se aproveche de ellas para una mayor eficacia de su delito. Es decir, no se trata de una responsabilidad por el cargo, profesión u oficio (lo cual podría incluso vulnerar el principio de culpabilidad), sino que esa responsabilidad se tiene porque, actuando en el ejercicio del cargo, del oficio o de la profesión, se abusa de ellos hasta el punto de realizar la conducta típica relacionada al TID"[14]. Asimismo, BRAMONT-ARIAS precisa al respecto que "estaremos ante esta agravante [artículo 297, 3º CP] cuando el agente activo ejerza una profesión sanitaria y el comportamiento delictivo se realice en el ejercicio de su profesión[15]. Del mismo modo, PEÑA-CABRERA FREYRE[16], sostiene que se configura esta agravante con la vulneración de especiales "deberes de función", por quienes se supone deben tutelar la salud de los ciudadanos y de alertar a sus pacientes de las consecuencias perjudiciales del consumo habitual de drogas; quienes por el cargo que desempeñan, tienen la posibilidad de acceder con mayor facilidad a cierta clase de estupefacientes.

Vinculación a los deberes de función

SEGUNDO: ANÁLISIS JURÍDICO-FÁCTICO DEL CASO CONCRETO

2.1. En principio se debe precisar que está fuera de discusión la responsabilidad penal del encausado en el hecho punible por haber cometido el delito de tráfico ilícito de drogas, pero habiéndose encuadrado dicha conducta, tanto en la acusación fiscal y en las sentencias condenatorias, en el tercer párrafo del artículo doscientos noventa y seis concordado con la circunstancia agravante prevista en el inciso tercero del artículo doscientos noventa y siete del Código Penal,

14 GALLEGO SOLER, José Ignacio. *Los delitos de tráfico de drogas II. Un análisis crítico de los arts. 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 del CP; y tratamientos jurisprudenciales.* Bosch, Barcelona, 1999, p. 221; en: HERNÁNDEZ MIRANDA, Edith. Alcances de la Casación Nº 126-2012 sobre la circunstancia agravante referida a la condición de educador en los delitos de tráfico ilícito de drogas; en: Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 61. Gaceta Jurídica. 2014. p. 105

15 Vid. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A, Maria GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial.* Ed. San Marcos, 2012 p. 539

16 Vid. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Tráfico ilicito de drogas y delitos conexos*, Lima. Ed. Rodhas, 2013. p. 177.

corresponde evaluar si se subsumió técnicamente lo acontecido en la agravante del tipo penal.

2.2. A criterio de este Tribunal Supremo, la agravante *sub examine* se funda en la deslealtad del profesional sanitario de cautelar la salud de los ciudadanos y de alertar a sus pacientes de las consecuencias perjudiciales del consumo habitual de drogas. De lo que se desprende que para configurar dicha agravante no solo se requiere que el imputado tenga la condición de "profesional sanitario o de salud", sino que su accionar delictivo se haya verificado en el contexto y aprovechando el ejercicio de su condición de tal, con las posibles consecuencias de riesgo para la salud que trae el consumo ilegal de estupefacientes.

Fundamento de la agravante

2.3. Considerar la configuración de la agravante por la mera condición de "profesional sanitario" importaría la implantación de una forma de derecho penal de autor, incompatible con un Estado constitucional de Derecho que se garantiza. Por tanto, no se puede admitir que la imposición de la pena se sustente o se incremente en razón de aspectos de la vida o personalidad del autor.

¿Derecho penal de autor?

2.4. De este modo, la referida agravante se configurará cuando el sujeto activo cumpla con las siguientes condiciones: a) Posea título profesional universitario, es decir, el sujeto activo debe haber obtenido la licenciatura en la especialidad de alguna profesión sanitaria. b) Ser miembro de un Colegio Profesional, pues el agente deberá encontrarse habilitado para ejercer su profesión por un Colegio Profesional; c) Realizar conductas destinadas al tráfico ilícito de drogas en el desarrollo de sus actividades profesionales, pues el agente deberá realizar el injusto de acuerdo con las funciones propias de su profesión.

Supuestos de configuración de la agravante

2.5. En el caso concreto a criterio de este Tribunal Supremo no se configuró la agravante objeto de acusación y condena contra el encausado Eliter Sánchez Mera, por lo que la calificación legal es la que corresponde al tipo base, pero de la segunda parte del primer párrafo del artículo 296 del Código Penal.

TERCERO: DETERMINACION DEL *QUANTUM* DE LA PENA

3.1. Como segundo nivel de análisis, resulta necesario establecer el *quantum* de pena impuesta, teniendo en consideración lo expuesto en el considerando precedente. Es de precisar que la pena impuesta por el Colegiado de Primera Instancia contenía la agravante prevista en el inciso tres del artículo doscientos noventa y siete del Código Penal que conminaba a una pena no menor de quince ni mayor de veinticinco

años de privación de libertad y de 180 a 365 días multa, pero al haberse recalificado la conducta, es pertinente aplicar la sanción legal que le corresponde, esto es, la segunda parte del primer párrafo del artículo 296 del Código acotado, que tiene como límites de punición no menor de seis ni mayor de doce años de pena privativa de la libertad, y ciento veinte a ciento ochenta días multa; y teniendo en cuenta la forma en que sucedieron los hechos y al no existir circunstancia de atenuación (tendiendo en consideración sus condiciones personales y sociales, al ser un agente con treinta y uno años de edad aproximadamente. natural de Caserío de Quitahuasi-del Distrito de Tagond-Cajamarca, conviviente, con grado de instrucción superior y sin antecedentes penales) corresponde imponerle la sanción de ocho años de privación de libertad.

3.2. Así también, cabe precisar que no se vulnera el derecho de defensa del encausado ni sus derechos fundamentales, debido a que se mantiene la homogeneidad del bien jurídico protegido, la inmutabilidad de los hechos y las pruebas, coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación del tipo, y esencialmente es favorable al encausado.

CUARTO: INAPLICACIÓN DE LA SANCION DE INHABILITACIÓN

4.1. Es de precisar que como se observa en la sentencia recurrida se le impuso al encausado Eliter Sánchez Mera pena de inhabilitación en virtud del inciso cuatro del artículo treinta y seis del Código Penal, sin embargo al haberse acreditado que la conducta delictiva se encuadra en el tipo base de la segunda parte del primer párrafo del artículo 296 del Código Penal y no sanciona al agente activo con tal inhabilitación, corresponde dejar sin efecto dicho sanción.

DECISIÓN

Por estos fundamentos los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República declararon:

I. FUNDADA LA CASACIÓN (de oficio), por errónea interpretación del numeral 3) del artículo 297° del Código Penal; en consecuencia.

II. NULA la sentencia de vista del diecisiete de setiembre de dos mil catorce —fojas doscientos ochenta y tres—. En sede de instancia y emitiendo pronunciamiento de fondo.

III. REVOCARON la sentencia de primera instancia del veintiocho de enero de dos mil catorce, en el extremo que condenó a Eliter Sánchez Mera como autor

del delito contra la salud pública —posesión de drogas tóxicas para tráfico— en agravio del Estado conforme al inciso 3 del artículo 297º y artículo 296º segundo párrafo del Código Penal; imponiéndole quince años de pena privativa de libertad, REFORMÁNDOLA: CONDENARON a Eliter Sánchez Mera como autor del delito contra la salud pública-posesión de drogas tóxicas para tráfico, previsto en el segundo párrafo del artículo 296 del Código Penal, le impusieron ocho años de pena privativa de libertad que con el descuento de carcelería que viene sufriendo desde el doce de abril de dos mil trece vencerá el once de abril de dos mil veintiuno.

IV. CONFIRMARON la apelada en cuanto impuso ciento ochenta días multa al citado procesado y fijó en diez mil nuevos soles por concepto de reparación civil.

V. DEJAR SIN EFECTO la inhabilitación impuesta al aludido encausado.

VI. ESTABLECER como doctrina jurisprudencial vinculante lo señalado en el considerando segundo 2.2, 2.3, 2.4 de la presente Ejecutoria Suprema de conformidad con el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal respecto a las exigencias para la configuración de la agravante sub examine.

VII. DISPONER que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por intermedio de la señorita Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y acto seguido, se notifique todas las partes apersonadas a la instancia e incluso a las no recurrentes.

VIII. PUBLICAR en el Diario oficial "El Peruano" conforme a lo previsto en la parte *in fine* del inciso tres del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal.

S.S.
VILLA STEIN /RODRÍGUEZ TINEO /**PARIONA PASTRANA** /NEYRA FLORES /LOLI BONILLA

2.
CASACIÓN N.º 126-2012-CAJAMARCA
TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS: LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE LA CONDICIÓN DE EDUCADOR

Casación	**N.º 126-2012-Cajamarca**
Fecha	13.06.2013
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponente	Jorge Salas Arenas
Tema	Tráfico ilícito de drogas: La circunstancia agravante de la condición de educador
Doctrina jurisprudencial vinculante	ff. jj. n.os 2.4 y 2.9
Concordancia	Código Penal: arts. 296 y 297.2

SUMILLA:
2.4.) Para configurar dicha agravante no solo se requiere que el imputado tenga la condición de educador, sino que su accionar delictivo se haya verificado en el contexto y aprovechando el ejercicio de su condición.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 126-2012
CAJAMARCA

SENTENCIA DE CASACIÓN
DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

DELIMITACIÓN DE LOS ALCANCES INTERPRETATIVOS DE LA CIRCUNSTANCIA AGRAVADA EN LA CONDICIÓN DE EDUCADOR PREVISTA EN EL INCISO 2º DEL ARTÍCULO 297º DEL CÓDIGO PENAL

Lima, trece de junio de dos mil trece

VISTOS; en audiencia pública, el recurso de casación concedido por las causas establecidas en los numerales primero y tercero del artículo 429 del Código

Procesal Penal a la defensa técnica del encausado don Elmer Américo Arribasplata Vargas; emitiéndose la decisión bajo la ponencia del señor Salas Arenas, Juez de la Corte Suprema.

PRIMERO: DECISIÓN CUESTIONADA

Lo es la sentencia de vista de nueve de marzo de dos mil doce —folios doscientos cincuenta y ocho a doscientos sesenta y siete— que confirmó la sentencia de primera instancia de veinticinco de noviembre de dos mil once —folios ciento cincuenta y siete a ciento setenta y cinco—, en el extremo que condenó al encausado como autor del delito contra la salud pública —posesión de drogas tóxicas para tráfico— en agravio del Estado; impone 250 días multa, fijándose en diez nuevos soles el día multa, e inhabilitación para ejercer la profesión de educador, por el período de cinco años con lo demás que contiene; y la revocó en el extremo que le impusieron veinte años de pena privativa de libertad y reformándola le fijaron quince años de sanción.

SEGUNDO: DEL ITINERARIO DE LA CAUSA EN PRIMERA INSTANCIA

2.1. El encausado Arribasplata Vargas fue procesado penalmente con arreglo al nuevo Código Procesal Penal. El señor Fiscal Provincial mediante requerimiento de veinte de junio de dos mil once —folios uno a ocho— formuló acusación en su contra por el delito contra la salud pública —posesión de drogas tóxicas para el tráfico— en agravio del Estado, previsto en el segundo párrafo del artículo 296 concordado con el inciso 2º del artículo 297º del Código Penal, en agravio del Estado.

2.2. El señor Juez de Investigación Preparatoria llevó a cabo la audiencia de control de la acusación —conforme se advierte del acta de diecisiete de agosto de dos mil once de los folios nueve a veinticuatro—. El auto de citación a juicio fue expedido por el Juzgado Penal Colegiado el nueve de septiembre de dos mil once —ver folios veinticinco a veintisiete del cuaderno de debate—.

2.3. Seguido el juicio de primera instancia —como se advierte de las actas de los folios cincuenta y dos, setenta y cuatro, setenta y nueve, noventa y tres, ciento nueve, ciento treinta y siete y ciento cuarenta y tres— el Juzgado Penal Colegiado dictó la sentencia de veinticinco de noviembre de dos mil once —folios ciento cincuenta y siete a ciento setenta y cinco—, que lo condenó como autor del delito contra la salud pública —posesión de drogas tóxicas para el tráfico— en agravio del Estado, imponiéndole veinte años de sanción, fijando en veinte mil nuevos soles el monto de la reparación civil.

2.4. El señor abogado defensor del encausado Arribasplata Vargas interpuso recurso de apelación mediante escrito de los folios ciento sesenta y siete a ciento ochenta

y nueve. Dicho recurso fue concedido mediante auto de nueve de diciembre de dos mil once de los folios ciento noventa y ciento noventa y uno.

TERCERO: DEL TRÁMITE RECURSAL EN SEGUNDA INSTANCIA

3.1. Culminada la fase de traslado de la impugnación la Sala Superior Penal "de Apelaciones" de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, emplazó a las partes a fin de que concurrieran a la Audiencia de apelación de sentencia y se realizó el nueve de marzo de dos mil doce —folios doscientos cincuenta y seis y doscientos cincuenta y siete—, cumpliendo el Tribunal de Apelación con emitir y leer en audiencia pública la sentencia de apelación de trece de enero de dos mil once —folios doscientos cuarenta y cuatro a doscientos cincuenta y dos—.

3.2. La sentencia de vista recurrida en casación confirmó la de primera instancia en el extremo que lo condenó corno autor del delito indicado y la revocó en el extremo que le impusieron veinte años de pena privativa de la libertad y reformándola le impusieron quince años de sanción; con lo demás que contiene.

CUARTO: DEL TRÁMITE DEL RECURSO DE CASACIÓN PLANTEADO POR LA DEFENSA TÉCNICA DEL PROCESADO

4.1. Leída la sentencia de vista, la defensa técnica del encausado formuló recurso de casación correspondiente mediante escrito de los folios doscientos ochenta y cuatro a doscientos noventa y tres.

4.2. Concedido el recurso por auto de veintiuno de marzo de dos mil once de los folios doscientos noventa y cuatro a doscientos noventa y siete, se elevó la causa a este Supremo Tribunal el trece de abril de dos mil doce.

4.3. Cumplido el trámite de traslado a los sujetos procesales por el plazo de diez días, esta Suprema Sala Penal mediante Ejecutoria de trece de julio de dos mil doce —folios veintiuno a veintiséis del cuadernillo formado en esta Instancia— en uso de su facultad de corrección, admitió el trámite del recurso por los motivos previstos en los numerales primero y tercero del artículo 429 del Código Procesal Penal.

4.4. Se realizó la audiencia conforme se aprecia del folio treinta y dos quedando la causa expedita para emitir decisión

4.5. Deliberada la causa en secreto y votada en la fecha, esta Suprema Sala Penal cumple con emitir la presente sentencia, cuya lectura se llevará a cabo en audiencia pública el cuatro de julio del año en curso a las ocho horas con treinta minutos.

CONSIDERANDO

PRIMERO: SUSTENTO NORMATIVO

1.1. El inciso primero y tercero del artículo 429 del Código Procesal Penal, en cuanto refiere si: "La sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías previstas en el artículo 139.3 y 14 de la Constitución" y "Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas".

1.2. El segundo párrafo del artículo doscientos noventa y seis concordado con el inciso segundo del artículo doscientos noventa y siete del Código Penal que regula el delito de tráfico ilícito de drogas en su forma agravada cuando el agente tiene la condición de educador o se desempeña como tal en cualquiera de los niveles de enseñanza, la pena será no menor de quince ni mayor de veinticinco años.

Forma agravada del delito del tráfico ilícito de drogas

1.3. El expediente **N.º 0014-2006-PI/TC, LIMA** de 19 de enero de 2007, al abordar el principio de culpabilidad y la proscripción de la responsabilidad objetiva, señaló que: "El principio de la culpabilidad es uno de los pilares sobre los que descansa el derecho penal. Concretamente, constituye la justificación de la imposición de penas dentro del modelo de represión que da sentido nuestra legislación en materia penal y, consecuentemente, a la política de persecución criminal, el marco del Estado constitucional. El principio de culpabilidad brinda la justificación de la imposición de penas cuando la realización de delitos sea reprobable a quien lo cometió. La reprobabilidad del delito es un requisito para poder atribuir a alguien la responsabilidad penal de las consecuencias que el delito o la conducta dañosa ha generado. Debe tenerse en cuenta que el principio de culpabilidad **se engarza directamente con la reprobabilidad de una persona por cierto comportamiento, no con la sanción por aquella.** La reprobación acarrea inevitablemente el establecimiento de una pena; evidente, por eso, es que existe entre ellas una estrecha ligazón. El principio que se comenta no está expresamente recogido en el texto de la Constitución. Sin embargo, su existencia se desprende de otros principios sí consagrados. El primero de ellos es el principio de legalidad en materia penal, el cual es recogido en el literal "d" del numeral 24 del artículo 20 de la Constitución. Su texto es el siguiente: "nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo dé cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como

Principio de culpabilidad

infracción punible". De lo vertido se desprende que —tipificado previa y claramente el delito y cometido este— el Estado se encuentra legitimado y limitado para sancionar únicamente la conducta en que consiste el delito y no otra circunstancia adicional; es decir, resultan susceptibles de sanción solo aquellos comportamientos que se encuentren expresamente recogidos en el tipo penal. El principio de legalidad penal, entonces, restringe la actuación del Estado a la evaluación objetiva de la conducta, proscribiendo el análisis de cualquier otra conducta que no se halle expresamente plasmada en la norma penal. Esto es consecuencia del hecho de que solamente puede ser sancionado aquel comportamiento calificado como reprobable al sujeto que lo realiza. En este aspecto se aprecia la convergencia entre el principio de legalidad penal y el principio de culpabilidad anteriormente descrito, que consiste en la calificación de reprobable que debe recaer sobre cierta conducta humana y su consecuente tipificación, para poder ser objeto de punición estatal. Por ello, al consagrarse expresamente el principio de legalidad, de modo implícito queda a su vez consagrado el principio de culpabilidad.

Principio de legalidad penal y el principio de culpabilidad

1.4. La sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el expediente Nº 010-2002-AI/TC/ Fundamentos jurídicos 44, 45, 46, 47, 48, 51 y 52 —de tres de enero de dos mil tres— relativo al Principio de Legalidad e Interpretación de la Ley Penal, al puntualizar: "El principio de legalidad penal ha sido consagrado en el literal "d" del inciso 24— del artículo 2º de la Constitución Política del Perú, según el cual "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley de manera expresa e inequívoca, como infracción punible. Igualmente, ha sido recogido por los principales instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos —Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 110, numeral 2; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 9; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art 15.º— El principio de legalidad exige no solo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en la ley. Esto es lo que se conoce como el mandato de determinación, que prohíbe la promulgación de leyes penales indeterminadas, y constituye una exigencia expresa en nuestro texto constitucional al requerir el literal "d" del inciso 24— del artículo 2 de la Constitución que la tipificación previa de la ilicitud penal sea "expresa e inequívoca" —Lex certa— el principio de determinación del supuesto de hecho previsto en la ley es una prescripción dirigida al legislador para que este dote de significado unívoco y preciso al tipo penal, de tal forma que la actividad de subsunción del hecho en la norma sea verificable con relativa certidumbre. Esta exigencia de

Reconocimiento del principio de legalidad

lex certa no puede entenderse, sin embargo, en el sentido de exigir del legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales. Ello no es posible, pues la naturaleza propia del lenguaje, con sus características de ambigüedad y vaguedad, admiten cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso. Ni siquiera las formulaciones más precisas, las más casuísticas y descriptivas que se puedan imaginar, llegan a dejar de plantear problemas de determinación en algunos de sus supuestos, ya que siempre poseen un ámbito de posible equivocidad. Por eso se ha dicho, con razón, que "en esta materia no es posible aspirar a una precisión matemática porque esta escapa incluso a las posibilidades del lenguaje"[1]. En definitiva, la certeza de la ley es perfectamente compatible, en ocasiones, con un cierto margen de indeterminación en la formulación de los tipos y así, en efecto, se ha entendido por la doctrina constitucional[2]. El grado de indeterminación será inadmisible, sin embargo, cuando ya no permita al ciudadano conocer qué comportamientos están prohibidos y cuáles están permitidos[3]. Como lo ha sostenido este Tribunal en el Caso "Encuesta a boca de urna" —Exp. Nº 002-2001-AI/TC— citando el Caso Conally vs. General Cons. de la Corte Suprema Norteamericana, "una norma que prohíbe que se haga algo en términos tan confusos que hombres de inteligencia normal tengan que averiguar su significado y difieran respecto a su contenido, viola lo más esencial del principio de legalidad" —Fundamento Jurídico N.º 6—.

Ley certa

Esta conclusión también es compartida por la jurisprudencia constitucional comparada. Así, el Tribunal Constitucional[4] de España ha sostenido que "la exigencia de 'lex certa' no resulta vulnerada cuando el legislador regula los supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, y permitan prever con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada"[5] (...) El límite de lo admisible, desde el punto de vista constitucional, quedará sobrepasado en aquellos casos en que el tipo legal no contenga el núcleo fundamental

1 Cury Urzúa, Enrique, *La ley penal en blanco*, Bogotá: Temis, 1988, p. 69.

2 Fernández Segado, Francisco, *El Sistema Constitucional español*, Madrid: Dykinson, 1992. p. 257.

3 En ese sentido: Bacigalupo, Enrique, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Bogotá: Temis, 1989. p. 35.

4 Bustos R., Juan, *Introducción al Derecho Penal*, Bogotá: Temis, 1986, p. 62; Villavicencio Terreros, Felipe, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Lima: Cultural Cuzco S.A., 1990, p. 61.

5 STC 69/1989.

de la materia de prohibición y, por lo tanto, la complementación ya no sea solo cuantitativa, sino eminentemente cualitativa. Nuevamente, en la jurisprudencia constitucional comparada se ha legitimado la existencia de esta indeterminación típica con relación a los elementos o conceptos normativos, los mismos que pueden tener "un cierto carácter de indeterminación" —pues bajo el término "concepto jurídico indeterminado" se incluyen multitud de supuestos—, pero debe tenerse en cuenta que no vulnere la exigencia de la lex certa (...) la regulación de tales supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos y de experiencia, y permitan prever, por consiguiente, con suficiente seguridad la naturaleza y las características esenciales de conductas constitutivas de la infracción tipificada" —STC de 29 de setiembre de 1997—.

La certeza de la ley en la jurisprudencia comparada

1.5. El inciso 3º del artículo 433 del Código Procesal Penal —referente al contenido de la sentencia casatoria y Pleno casatorio— en tanto establece que: "(...) la Sala, de oficio o a pedido del Ministerio Público, podrá decidir, atendiendo a la naturaleza del asunto objeto de decisión, que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial vinculante a los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la propia Corte Suprema, la cual permanecerá hasta que otra decisión expresa la modifique. Si existiere otra Sala Penal o esta se integra con otros Vocales, sin perjuicio de resolverse el recurso de casación, a su instancia, se convocará inmediatamente al Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema para la decisión correspondiente, que se adoptará por mayoría absoluta. En este último supuesto no se requiere la intervención de las partes, ni la resolución que se dicte afectará la decisión adoptada en el caso que la motiva. La resolución que declare la doctrina jurisprudencial se publicará en el diario oficial.

Contenido de la sentencia casatoria

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

artículo 296.4.

1.7. La sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. Nº 00607-2009-PA/ TC, Fundamentos jurídicos 6, 7, 11 —de 15 de marzo de 2010—, relativa al derecho a la educación, al subrayar que:

"Según el criterio establecido por este Tribunal en la STC 04232-2004-AA/TC, la educación posee un carácter binario en razón de que no solo constituye un derecho fundamental, sino también un servicio público, dado que se trata de una prestación pública que explícita una de las funciones fines del Estado, de ejecución por el propio Estado o por terceros bajo fiscalización estatal, y que, indudablemente, constituye, además de un elemento esencial en el libre desarrollo de la persona, un bien de trascendental importancia en la función social del Estado recogido en los artículos 13 y 14 de nuestra Carta Magna y que se vincula directamente con el fortalecimiento del sistema democrático y con el desarrollo económico y social del país. Así pues, de conformidad con el artículo 13 de nuestra Ley Fundamental, la educación "tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana", mientras que de acuerdo con su artículo 14 "promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte" y "prepara para la vida, el trabajo y fomenta la solidaridad (...)" La educación es un bien preciado en muchos aspectos.

Derecho a la educación

1.8. La sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. Nº 00535-2009-PA/TC, Fundamento jurídico "3" —de 5 de febrero de 2009— relativa a la necesidad de aplicar criterios de razonabilidad y proporcionalidad en los supuestos de consumo de marihuana de estudiantes de educación superior: "Al respecto, este Colegiado considera que el establecimiento de disposiciones sancionatorias, tanto por entidades públicas como privadas, no puede circunscribirse a una mera aplicación mecánica de las normas, sino que se debe efectuar una apreciación razonable de los hechos en cada caso concreto, tomando en cuenta los antecedentes personales y las circunstancias que llevaron a cometer la falta. El resultado de esta valoración llevará a adoptar una decisión razonable y proporcional. En este sentido, se debe tener en cuenta el principio de proporcionalidad, el cual está estructurado por tres subprincipios: **i)** el de idoneidad o de adecuación; **ii)** el de necesidad; y **iii)** el de proporcionalidad en sentido estricto. Esto supone que el Tribunal deberá evaluar todas las posibilidades tácticas —idoneidad y necesidad—, a efectos de determinar si, efectivamente, en el plano de los hechos, no existía otra posibilidad menos lesiva para los derechos en juego que la decisión adoptada. A su vez, el principio de razonabilidad conduce a una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador

Criterios

Principio de proporcionalidad

expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad. La razonabilidad es un criterio íntimamente vinculado a la justicia y está en la esencia misma del Estado constitucional de derecho. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad en el uso de las facultades discrecionales, exigiendo que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias. Como lo ha sostenido este Colegiado, esto "implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos". Aunque no explícitamente, al reconocer en los artículos 30º y 43º de la Constitución, el Estado social y democrático de Derecho, se ha incorporado el principio de interdicción o prohibición de todo poder ejercido en forma arbitraria e injusta, Este principio tiene un doble significado: **i)** en un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; **ii)** en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva, lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo. En este sentido, el análisis de la razonabilidad de una medida implica determinar si se ha dado: **a)** la elección adecuada de las normas aplicables al caso y su correcta interpretación, tomando en cuenta no solo una ley particular, sino el ordenamiento jurídico en su conjunto, **b)** La comprensión objetiva y razonable de los hechos que rodean al caso, que implica no solo una contemplación en "abstracto" de los hechos, sino su observación en directa relación con sus protagonistas, pues solo así un "hecho" resultará menos o más tolerable, confrontándolo con los "antecedentes del servidor", como ordena la ley en este caso; **c)** una vez establecida la necesidad de la medida de sanción, porque así lo ordena la ley correctamente interpretada en relación a los hechos del caso que han sido conocidos y valorados en su integridad, entonces el tercer elemento a tener en cuenta es que la medida adoptada sea la más idónea y de menor afectación posible a los derechos de los implicados en el caso.

Principio de interdicción

1.9. La sentencia del Tribunal Constitucional, EXP. N.º 00286-2008-PHC/ TC-Ayacucho de 6 de febrero de 2009, en que se resaltó que: "Una reconducción del hecho delictivo al tipo penal. (...) no puede ser entendida como una nueva persecución punitiva, de modo que no se ha producido la afectación el principio constitucional del debido proceso".

1.10. La Ejecutoria Suprema del 20/5/2004, R. N. Nº 215-2004 PUNO; en cuanto a la graduación de la pena conforme a los principios

de proporcionalidad y racionalidad: "Corresponde graduar la pena impuesta en atención al principio de proporcionalidad y racionalidad de la pena, previsto en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, considerándose además sus fines preventivos, protectores y resocializadores, los cuales deben ir en consonancia con los indicadores y circunstancias a que se contraen los artículos 45° y 46° del Código acotado. En ese contexto analizados los actuados se desprende que el encausado carece de antecedentes penales, no se ha acreditado violencia física ni la utilización de armas al momento de la consumación del delito, escaso nivel cultural y los factores sociológicos que en cierto modo condicionaron su conducta delictiva, resultando procedente efectuar la rebaja prudencial de la pena impuesta"[6].

Graduación de la pena

1.11. En la Sentencia del Tribunal Supremo número 305/2005 —de 8 de marzo—, se declaró que el subtipo agravado cuando el culpable fuere autoridad, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador (...) existirá siempre que la conducta típica haya tenido lugar en el ejercicio de las funciones propias del cargo de que se trate, en este caso es un funcionario público. Inspector del Cuerpo Nacional de Policía, y como ya hemos señalado más arriba es indisociable esta condición de los hechos imputados y por los que ha sido condenado. Precisamente porque su función consistía en investigar hechos delictivos de esta naturaleza, tuvo la posibilidad de acceder a la sustancia estupefaciente (...).

SEGUNDO: ANÁLISIS JURÍDICO FÁCTICO DEL CASO SUB MATERIA

Subsunción en el tipo penal

2.1. En principio se debe precisar que está fuera de discusión la responsabilidad penal del encausado en el hecho punible por haber cometido el delito de tráfico ilícito de drogas pero habiéndose encuadrado dicha conducta, tanto en la acusación fiscal y en las sentencias condenatorias, en el segundo párrafo del artículo doscientos noventa y seis concordado con la circunstancia agravante prevista en el inciso segundo del artículo doscientos noventa y siete del Código Penal, corresponde tras el cuestionamiento, evaluar si se subsumió técnicamente lo acontecido en la tipología penal.

Justificación de la casación

2.2. En el auto de calificación de trece de julio de dos mil doce, se subraya que las razones "que justifican la casación en relación a la infracción o a la garantía constitucional de defensa y errónea interpretación de

6 Castillo Alva, José Luis, *Jurisprudencia penal 1, sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República*, Lima: Grijley, 2006, p. 232.

la agravante por la calidad de agente establecida en el numeral dos del artículo doscientos noventa y siete del Código Penal"[7].

2.3. Parte de la doctrina nacional, señala que: "(...) en caso del inciso segundo del artículo doscientos noventa y siete del Código Penal la agravante solo tiene en cuenta la profesión del infractor y la confianza social que ella inspira en la colectividad de un comportamiento ético de tales profesionales. De allí que bastará con acreditar que el autor o partícipe del delito tenía la calidad de educador (...)"[8].

Relevancia de la calidad del agente

Contrario a dicha posición Peña Cabrera, sostiene que: "Cuando el 'agente tiene la profesión de educador o se desempeña como tal en cualquiera de los niveles de enseñanza'. La agravante radica en que teniendo el profesor la misión de educar, prevenir y luchar para que sus educandos no se involucren en el problema de las drogas, falta a ese compromiso con la sociedad y por el contrario, permite la venta de drogas o las ofrece por el ánimo de lucro. (...) el grado de responsabilidad del agente se agrava por el hecho de tener la relación profesor-alumno, que tiene implicancias no solo pedagógicas sino sociales; (...) es decir, el prevalimiento de la función docente, que provoca una mayor alarma social, al constituir una conducta de mayor disvalor, al traficar y/o comercializar los estupefacientes en ambientes donde circulan personas especialmente vulnerables, generándose una vulneración de entidad considerable, al bien jurídico tutelado. La agravante *in comento* tiene como antecesor directo el Acuerdo Sudamericano sobre Estupefacientes y Psicotrópicos de 1973, el mismo que en su primer protocolo adicional —artículo 3. inciso j— tipificaba como circunstancia agravante específica el hecho de que el agente tenga la condición de docente o educador de la niñez o juventud.

Grado de responsabilidad del agente para la agravante del TID

Resulta importante destacar que para la adecuación de esta agravante no basta que el sujeto activo sea educador, sino que, el comportamiento sea realizado en el ejercicio de su profesión[9].

Importancia del ejercicio de la profesión

2.4. A criterio de este Supremo Tribunal, la agravante *sub examine*, se funda en la deslealtad con la causa pública y la mayor facilidad y trascendencia para la difusión de drogas en el entorno del educador, esto es, la mayor cercanía y autoridad frente a grupos de estudiantes, recalcando que es determinante el título y/o la posición funcional como

Fundamento de la aplicación de la gravante

7 Conforme se aprecia en el sexto considerando del folio 24.

8 Prado Saldarriaga, "Agravantes relacionada con la condición del agente [incisos 1.2.3]", en *Criminalidad Organizada*. Lima: Idemsa, pp. 138-139.

9 Peña Cabrera Freyre, Alonso R., *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos-perspectivas criminales*, Lima: Jurista, 2009, pp. 177-178.

educador en cualquier nivel de enseñanza. De lo que se desprende que para configurar dicha agravante no solo se requiere que el imputado tenga la condición de educador, sino que su accionar delictivo se haya verificado en el contexto y aprovechando el ejercicio de su condición de tal, con el consiguiente grave riesgo de los alumnos sea que no hubieran alcanzado una edad que les permita comprender las posibles consecuencias del consumo al que pudieran ser inducidos por el comportamiento de su maestro o que pudieran ser influidos negativamente, pese a su mayoridad al consumo de estupefacientes.

Configuración de la agravante

2.5. En dicha línea argumental, cabe subrayar que tal agravante es independiente de la que correspondería si el sujeto activo del delito además se sirva de los menores para la comisión del hecho delictivo, prevaliéndose de su situación de ascendencia sobre ellos o si traficara en sede educativa o su entorno, en cuyo caso se configuraría concurso de agravaciones.

Posibilidad de concurso de agravantes

2.6. El considerar el solo hecho de la condición de docente —profesional o no profesional— importaría la implantación de una forma de derecho penal de autor que el Estado democrático recusa y que daría lugar a paradojas tales como castigar por la modalidad agravada al profesor graduado que nunca ejerció la docencia que hubiera perpetrado tráfico ilícito de drogas sin nexo alguno con la actividad educativa.

2.7. A raíz de lo expuesto, la configuración de la referida agravante estará supeditada a la verificación de los siguientes elementos: a) de modo general la agravante se funda en la deslealtad con la causa pública de la educación y la mayor facilidad y trascendencia para la difusión de drogas en su entorno de población vulnerable; b) el agente tiene profesión de educador, de lo que se exige como medio probatorio, a modo general, el título profesional de educador; c) el Agente se desempeña corno educador —sin titulación— en cualquier nivel de enseñanza; d) el accionar delictivo debe viabilizarse en el entorno educativo, en cuyo contexto el sujeto activo instrumentaliza su condición de educador; e) pero el hecho puede ser adicionalmente cometido en el interior o en otros ambientes vinculados a la enseñanza, verbigracia centros deportivos donde se practica deporte, dado que el mayor reproche se funda en que hay mayor capacidad de difusión de la droga porque la oferta se puede hacer llegar a un mayor número ele personas vulnerables.

Requerimientos para la configuración de la agravante

2.8. Aunado a ello, es preciso resaltar que cuando el legislador incorporó dicha figura a la ley tuvo en miras prevenir desde el inicio el consumo de drogas de los educandos que concurren a un establecimiento público o privado, debido a que la ley no distingue, a formarse. Nada puede

ser más nefasto, para quien busca tomar una educación sana en el más puro sentido, que se le proporcione droga para que consuma. No hacía falta que la ley pusiera énfasis en aclarar: abusando de sus funciones específicas, en virtud de que ninguna función, aun administrativa, puede estar relacionada con el delito de tráfico ilícito. Valga recordar que educar es encaminar, dirigir, doctrinar a la par que también implica desarrollar las facultades intelectuales y morales de quien recibe esa educación, por medio de preceptos, ejercicios y primordialmente (...)[10].

Razón de la incorporación de la agravante

2.9. Es de anotar que la ley no ha establecido circunstancia especial vinculada a la edad de las víctimas —alumnos o estudiantes— por lo que no existe referente etario que implique mayor desvalor específico, cuando no, es su caso de orden genérico —artículo 46º del Código Penal —.

Inexistencia de la circunstancia especial

2.10. A criterio de Este Supremo Tribunal no se configuró la agravante objeto de acusación y condena, por lo que la calificación legal es la que corresponde al tipo base pero de la segunda parte del primer párrafo del artículo 296º del Código acotado.

Posición del Tribunal

TERCERO: DEL *QUANTUM* DE LA PENA A IMPONER

3.1. Como segundo nivel de análisis, compete referirse al quantum de pena impuesta, a tenor de lo expuesto precedentemente cabe señalar que la pena impuesta por la Sala de Fallo contenida en la agravante prevista en el inciso dos del artículo doscientos noventa y siete del Código Penal suponía una sanción conminada no menor de 15 ni mayor de 25 años de privación de libertad y de 180 a 365 días multa, pero al haberse recalificado la conducta, es pertinente aplicar la sanción legalmente correspondiente a quien afecta al tipo base previsto en la segunda parte del primer párrafo del artículo 296 del Código acotado, que tiene como límites de punición no menor de seis ni mayor de doce años de pena privativa de la libertad, y 120 a 180 días multa, teniendo en cuenta la forma en que sucedieron los hechos y al no existir circunstancia de atenuación —teniendo en consideración sus condiciones personales al ser un agente con treinta y tres años de edad aproximadamente, natural de Caserío de Tantachaual Bajo del Distrito de San Silvestre— Cajamarca, soltero, con grado de instrucción superior y sin antecedentes penales, corresponde imponérsele la sanción de seis años de privación de libertad.

Quantum de la pena

10 Cornejo, Abel, Estupefacientes, 2.ª ed. actualizada, Argentina: Ribunzal Culsoni, 2009, pp. 176-177.

3.2. Asimismo, es pertinente señalar que no se vulnera el derecho de defensa del encausado ni sus derechos fundamentales, puesto que se mantiene la homogeneidad del bien jurídico protegido, la inmutabilidad de los hechos y las pruebas, coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación del tipo y esencialmente no se produjo agravio al encausado.

CUARTO: DE LA INAPLICACIÓN DE LA INHABILITACIÓN PREVISTA EN EL INCISO 40 DEL ARTÍCULO 36 DEL CÓDIGO PENAL FIJADA POR LA SALA SENTENCIADORA

Es de resaltar que como se glosa en la sentencia recurrida que se impuso al encausado pena de inhabilitación, sin embargo al haberse acreditado que la conducta delictiva se encuadra en el tipo base de la segunda parte del primer párrafo del artículo 296º del Código Penal y—no sanciona al agente activo con tal inhabilitación por lo que corresponde dejarla sin efecto.

DECISIÓN

Por ello, impartiendo justicia a nombre del Pueblo, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República acordaron:

I. POR UNANIMIDAD, DECLARAR FUNDADA LA CASACIÓN y, en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista del nueve de marzo de dos mil doce —folios doscientos cincuenta y ocho a doscientos sesenta y siete—, que confirmando y revocando la sentencia de primera instancia condeno a don **ELMER AMÉRICO ARRIBASPLATA VARGAS** corno autor del delito contra la salud pública - posesión de drogas tóxicas para tráfico en la modalidad agravada del inciso 2 del artículo 297 del Código Penal y artículo 296 segundo párrafo del acotado Código en agravio del Estado; le imponen 15 años de pena privativa de libertad, 20,000 nuevos soles por reparación civil y 200 días multa, fijándose en diez nuevos soles el día multa, e inhabilitación para ejercer la profesión de educador, por el periodo de cinco años; en consecuencia;

Actuando en sede de instancia y emitiendo pronunciamiento de fondo:

II. POR UNANIMIDAD, REVOCARON la sentencia de primera instancia que condenó a don Elmer Américo Arribasplata Vargas como autor del delito contra la salud pública —posesión de drogas tóxicas para tráfico— en agravio del Estado conforme al inciso 2º del artículo 297º y artículo 296 segundo párrafo del Código Penal; imponiéndole 20 años de pena privativa de libertad y

III. REFORMÁNDOLA: CONDENARON a don Elmer Américo Arribasplata Vargas como autor del delito contra la salud pública - posesión de drogas tóxicas para tráfico, bajo el supuesto normativo previsto en el segundo párrafo del artículo

296 del Código Penal, le impusieron seis años de pena privativa de libertad que con el descuento de carcelería que viene sufriendo desde el veinticuatro de diciembre de dos mil diez vencerá el veintitrés de diciembre de dos mil dieciséis.

IV. POR MAYORÍA, confirmar la apelada en cuanto impuso 200 días multa al citado procesado, fijándose en diez nuevos soles el día multa.

V. POR UNANIMIDAD, dejar sin efecto la inhabilitación impuesta al aludido encausado.

VI. POR UNANIMIDAD, establecer como doctrina jurisprudencial vinculante lo señalado en los acápites 2.4 al 2.9 de la presente Ejecutoria Suprema, de conformidad con el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal respecto a las exigencias para la configuración de la agravante sub examine.

VII. DISPONER que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por intermedio de la señorita Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y acto seguido, se notifique todas las partes apersonadas a la instancia e incluso a las no recurrentes.

VIII. PUBLICAR en el Diario oficial "El Peruano", conforme a lo previsto en la parte in fine del inciso tres artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal; interviene el señor Juez Supremo Rozas Escalante por licencia de la señora Jueza Suprema Tello Gilardi.

S.S.

VILLA STEIN /PARIONA PASTRANA /SALAS ARENAS /BARRIOS ALVARADO /ROZAS ESCALANTE

EL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR SALAS ARENAS, EN CUANTO A COMPURGAR LA PENA DE MULTA IMPUESTA AL ENCAUSADO POR RAZÓN DE LA DETENCIÓN QUE VIENE SUFRIENDO, TIENE EL FUNDAMENTO SIGUIENTE:

Lima, cuatro de julio de dos mil trece

PRIMERO: DE LA PENA DE MULTA

1.1. La aplicación de la pena de multa por los Tribunales Sentenciadores, suscita problemas de diferente calado; así por ejemplo, Du Puit ha puntualizado, que: **a)** la multa es una pena destinada, sobre todo, a ser aplicada en los casos en que el procesado tiene capacidad económica para soportarla. Esto solo constituye una manifestación del criterio general de la capacidad de ser sometido a una pena. Su imposición pierde todo sentido y eficacia cuando es impuesta a quien carece de dicha capacidad. En este caso, será sentida como una doble injusticia social:

agravación de la desigualdad social por razones económicas[11]; y **b)** Junto a esta necesidad de volver a plantearse la necesidad de la multa en relación con la realidad social y económica, debe buscarse regularla de manera más simple y coherente en el Código Penal. Ante las deficiencias de la ley, los jueces no deben esperar una modificación de la ley, sino que deben tratar, mediante una interpretación creadora, de corregir las deficiencias y completar las lagunas del texto legal de acuerdo con los principios del derecho penal liberal y, en particular, de conformidad con las pautas constitucionales[12].

1.2. En el régimen penal peruano, la capacidad económica se contempla en la graduación del porcentaje como de la sanción, que ha de ser del veinticinco al cincuenta por ciento del ingreso diario del condenado.

1.3. Por su parte, Prado Saldarriaga ha subrayado —en el año mil novecientos noventa y siete— que, de la revisión analítica, recaída sobre una importante muestra del volumen de sentencias condenatorias y dictámenes fiscales que vienen emitiendo los operadores del Sistema Judicial Nacional, desde la vigencia del Código Penal de 1991, se percibió diferentes problemas y distorsiones en la aplicación, determinación y ejecución de la pena pecuniaria. Muchas de las dificultades y errores registrados en el proceder jurisdiccional se deberían, a nuestro entender, a la influencia de distintos factores cuya etiología resulta ser fundamentalmente de carácter psicosocial. De ellos, cabría mencionar como predominantes a los siguientes: De un lado, la escasa información que se suministra a abogados, jueces o fiscales en la formación universitaria o de capacitación

11 Si no queda más remedio que hacer uso de criterios genéricos por falta de datos suficientes acerca de la situación económica del acusado, creo que lo más adecuado es acudir al principio *indubio pro reo*. Y optar, en consecuencia, por la solución que resulte más favorable para el acusado. En la práctica, el criterio apuntado supondrá fijar la cuota diaria de multa en la cuantía mínima prevista por la ley, salvo en aquellos casos en los que se disponga de datos que, aun siendo incompletos, revelen que el acusado tiene capacidad económica para soportar el pago de una multa con una cuota diaria superior a la mínima legal. Claro está que esa solución puede conducir a imponer multas ínfimas a condenados que tal vez cuenten con recursos económicos suficientes para afrontar el pago de una multa de importa más elevado. Pero resulta preferible asumir este riesgo en vez de atribuir al acusado, sin ningún fundamento objetivo ni datos acreditados, una capacidad económica que puede ser realmente inexistente, y que a la postre, puede dar lugar a la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria de aquel por imposibilidad de hacer efectivo el pago de la multa. Al fin y al cabo, estamos ante una cuestión que si bien no afecta a la determinación de la culpabilidad del acusado, sí incide directamente en la extensión de la pena a imponer, aunque se trate de una pena pecuniaria. Ver CACHÓN CADENAS, Manuel, "La pena de días-multa: el difícil juicio sobre la capacidad económica del acusado", en *Problemas Actuales de la Justicia Penal*, (dir.) Joan Pico I Junoy, Barcelona: Bosh Procesal, 2001, p. 194.

12 DU PUIT, Joseph, "La Pena de Multa", en *Anuario de Derecho Penal*, (dir.) Hurtado Pozo, *El sistema de penas del nuevo Código Penal*, Lima: Grijley, 1999, p. 174.

funcional sobre la naturaleza, características y operatividad de las consecuencias jurídicas del delito en general, y de la multa en particular. Y, de otro lado, el escaso valor que el operador judicial parece conceder a las penas no privativas de libertad, las que, las más de las veces, son apreciadas como sanciones leves y poco útiles a objetivos de prevención general De allí que sea frecuente, que la jurisprudencia analizada, conceda únicamente la pena privativa de libertad la condición de pena principal[13].

1.4. Emerge como común denominador, la adopción de una defectuosa técnica legislativa utilizada por el legislador, y como corolario de ello, potenciales errores en materia interpretativa por parte del órgano jurisdiccional sentenciador.

SEGUNDO: AFECTACIÓN DE LA LIBERTAD EN EL PROCESO PENAL

2.1. La libertad es un bien esencial de la dignidad humana —artículo tercero de la Declaración Universal de Derechos Humanos, inciso uno del art nueve del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el inciso séptimo del Pacto de San José de Costa Rica—, que se debe afectar en tanto y en cuanto corresponda por mandato judicial, antes de la sentencia penal con las exigencias que la ley procesal ha establecido para decidir tal medida.

2.2. El Tribunal Constitucional precisó que es un derecho fundamental reconocido en la Constitución y, al mismo tiempo un valor superior del ordenamiento jurídico; sin embargo, su ejercicio no es absoluto e ilimitado ya que se encuentra regulado y puede ser restringido mediante la ley, conforme lo establece el art 2, inciso 24, literal b), de la Norma Fundamental. Por ello, se afirma que no toda restricción o privación al derecho a la libertad individual es *per se* inconstitucional, pues puede verse legítimamente limitada. Sin embargo, puede verse afectada de manera arbitraria con mandatos de prisión preventiva, sentencias condenatorias o la imposición de una medida de seguridad que derive de una resolución judicial arbitraria expedida con violación al debido proceso[14].

13 Agregando que: generalmente la documentación procesal que hemos revisado presenta los siguientes defectos: Determinación parcial del monto pecuniario de la pena de multa. Percepción errónea de la multa como pena accesoria. Extensión indebida de la suspensión de la ejecución de la pena a la multa. Aplicación errónea de la pena de multa en un régimen de reserva de fallo condenatorio. Deficiencias en la utilización de las normas sobre cumplimiento del pago de la multa. Prado Saldarriaga, Víctor. Problemas y desarrollo jurisprudenciales en la aplicación de la pena de multa, p. 341. II Congreso Internacional de Derecho Penal – Consecuencias Jurídicas del Delito. Pontificia Universidad Católica, Ara Editores. Lima 1997.

14 Ver sentencia emitida en el expediente 03425-2010-PHC/TC-LIMA de 14 de noviembre de enero de 2011.

2.3. El descuento ha puesto en el artículo cuarenta y siete del Código Penal —considerado *integrum*— que en el caso de tratarse de delitos que merezcan pena privativa de libertad y multa, la privación preventiva de libertad nacida en la pena con doble consideración; en la privación de libertad y en su afectación patrimonial.

TERCERO: DEL DEBER DE LOS JUECES DE MOTIVAR LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICO PENALES:

3.1. DESDE LA PERSPECTIVA DOCTRINARIA

3.1.1. La determinación de la pena es una de las labores más complejas para los operadores jurídicos penales y, en especial, para los Jueces y Tribunales. Consiste en el proceso por el que se trasforma una pena imponible, de acuerdo con lo establecido en un determinado tipo penal del Código Penal, y las reglas que conforman la parte general, en la concreta pena correspondiente al responsable de un hecho delictivo, de acuerdo con la gravedad del hecho cometido y sus circunstancias personales.

Esta decisión no es arbitraria sino que responde a una serie de procesos informados por las reglas de la parte general del Código Penal, que el Juez debe observar en concordancia con los márgenes de discrecionalidad de que goza.

3.1.2. En el Estado democrático se impone el postulado del sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del principio de legalidad. Lo anterior significa que tanto la pena, su aplicación e imposición deben estar determinados en una ley previa. De esta manera, el principio de legalidad satisface la exigencia de seguridad jurídica que también constituye una garantía.

3.1.3. Siguiendo a Mir Puig, del principio de legalidad se derivan cuatro garantías específicas, a saber: garantía criminal, garantía penal, garantía jurisdiccional y garantía de ejecución. Y dado el tema de discusión se debe resaltar que la garantía jurisdiccional, exige que la imposición de la pena debe determinarse por medio de una sentencia judicial y según un procedimiento legalmente establecido[15].

3.1.4. En esta línea argumental, desde la perspectiva de la *lex certa*, la norma penal debe ser exhaustiva, conteniendo una descripción de la conducta típica sancionada y de la pena aparejada a su violación. Para poder considerar una ley penal como exhaustiva esta debe contener todos los presupuestos que condicionen la pena y determinen la consecuencia jurídica. Estos presupuestos pueden estar presentes en una enumeración expresa de los elementos o bien en forma implícita, siempre

15 Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 5.ª ed., España-Barcelona: REPPERTOR, 1998, p. 77.

que la ley brinde los criterios para deducirlos[16]. La prohibición que da origen a la exigencia de este requisito es la prohibición de las leyes penales indeterminadas.

3.1.5. Finalmente, según Zaffaroni el principio de legalidad se completa con el denominado principio de reserva legal[17]. Esto significa que la norma penal debe tener rango de ley en sentido estricto, quedando excluidas como fuente de establecimiento de delitos y penas las normas reglamentarias de la administración, y en general toda norma que no emane del Poder Legislativo.

3.2. DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

3.2.1. El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales constituye un elemento esencial del derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 5 - del art 139° de la Norma Fundamental, que garantiza el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan, expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables[18].

3.2.2. En tal sentido, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales implica la exigencia de que el órgano jurisdiccional sustente de manera lógica y adecuada los fallos que emita en el marco de un proceso. Ello no supone en absoluto una determinada extensión de la motivación, sino fundamentalmente que exista: a) fundamentación jurídica, lo que conlleva a que se exprese no solo la norma aplicable al caso en concreto, sino también la explicación y justificación de por qué el hecho investigado se encuentra enmarcado dentro de los supuestos que la norma prevé; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que expresan la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y lo pretendido por las partes; y, c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun cuando esta sea sucinta, o se establezca el supuesto de motivación por remisión[19].

---

16 BACIGALUPO, Enrique, *Principios de Derecho Penal*, 2.ª ed., España-Madrid: Akal S.A., 1990, p. 36.

17 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal. Parte General*, 2.ª ed., EDIAR S.A. Editora, 2002, p. 112.

18 Ver sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el expediente número 8125-2005-PHC/TC.

19 Ver sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el expediente número 4348-2005-PA/TC.

3.2.3. Asimismo el Supremo intérprete de la Constitución en relación a la determinación de la pena, afirma que la individualización de la pena privativa de libertad se encuentran fundamentadas por el órgano jurisdiccional, cuando la imposición de la pena ha estado precedida de la evaluación de "las circunstancias de la perpetración del evento delictuoso, así como la responsabilidad que tuvo el actor para su comisión, hechos que han sido acreditados en autos" y sustancialmente "que se le impuso una pena de acuerdo al marco normativo que sanciona el citado delito"[20].

CUARTO: ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA Y CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 47 DEL CÓDIGO PENAL

4.1. Conforme a lo expuesto, la configuración y determinación de toda forma de sanción penal está supeditada a la observancia de los principios de legalidad, proporcionalidad y motivación.

4.2. El problema que subyace en el caso *sub examine*, está relacionado con aquellos hechos punibles donde la pena de multa converge por estar conminada en forma conjunta, con una pena privativa de libertad que puede ser de cumplimiento efectivo o suspendida de efectividad, pero cuando en la investigación se dispuso mandato de detención, que se prolonga hasta dictada la sentencia con o sin privación de libertad efectiva. En tales situaciones, puede ocurrir por tanto, que el condenado se haya visto privado de su libertad durante todo el discurrir del proceso penal.

4.3. Sentado lo expuesto, el análisis interpretativo del referido dispositivo legal, resulta relevante tener en cuenta los siguientes aspectos:

i. El primer párrafo del artículo 47 del Código Penal, no hace sino demostrar que la privación de la libertad decidida intra proceso penal al decretarse mandato de detención, reviste importancia gravitante para la ejecución y descuento del quantum de la pena privativa de libertad que se fijará en el estadio resolutivo del proceso penal, tan es así, que incide en el *quantum* de pena impuesta a razón de un día de prisión preventiva por un día de cumplimiento de sentencia.

ii. Por mandato del segundo párrafo del referido artículo, la pena privativa de libertad también surtirá efectos compensatorios y en su caso cancelatorios sobre la pena de multa, conforme a lo estipulado en dicha norma —"Si la pena correspondiente al hecho punible es la de multa o limitativa de derechos, la detención se computará a razón de dos días de dichas penas por cada día de detención"—.

20 Sentencia del 10 de septiembre del 2010. EXP. N.° 01652-2010-PHC/TC, Lima, Juan Carlos Morán Zegarra a favor de Lino Olaya Pérez.

iii. Más allá del reconocimiento legal de los efectos reduccionistas de la privación de libertad como consecuencia de la implementación del mandato de detención, en relación a la pena de prisión sea efectiva o suspendida en una sentencia; a partir del principio de legalidad se concluye que el tiempo de detención sufrido por el procesado debe surtir efectos cancelatorios en la pena de multa, y que todos los jueces deben observar dichos efectos en el momento de imponer la pena de multa, debiendo en su caso descontar o de corresponder, darla por cumplida —compurgada—.

4.4. En ese sentido, al haberse configurado la conducta delictiva del encausado bajo los alcances normativos del segundo párrafo del artículo 296º del Código Penal, que sanciona al agente además de pena privativa de libertad con pena de multa de 120 a 180 días multa; se deberá realizar el cómputo dentro de su extremo mínimo al haberse impuesto la sanción en el extremo mínimo legal, en aplicación del principio de proporcionalidad.

4.5. En consecuencia, en el presente caso, el encausado Arribasplata Vargas honró con su libertad provisionalmente afectada —hasta antes de la emisión de la sentencia de primera instancia— la dimensión temporal y pecuniaria de la multa —pagó con su libertad—:

Por ello:

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

S. SALAS ARENAS

3.
RECURSO DE NULIDAD N.º 352-2005-CALLAO
CRITERIOS PARA LA ADECUACIÓN DE PENAS EN EL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

Recurso de Nulidad	**N.° 352-2005-Callao**
Fecha	16.03.2005
Procedencia	Segunda Sala Penal Transitoria
Ponentes	Javier Villa Stein, Alfonso Valdez Roca, Héctor Ponce de Mier, Victoriano Quintanilla Quispe y Víctor Prado Saldarriaga
Tema	Criterios para la adecuación de penas en el delito de tráfico ilícito de drogas
Precedente vinculante	f.j. n.° 6.c
Concordancia	Código Penal: arts. 6, 296 y 297 Código de Procedimientos Penales: art. 301-A Ley N.° 28002

SUMILLA:

Que para sustitución adecuada y razonable de una pena impuesta en aplicación de las penas conminadas [...] y para evitar una valoración que lleve a una nueva pena concreta, el Pleno Jurisdiccional de Trujillo acordó los siguientes criterios de sustitución: a) Si la pena impuesta fue mayor a la del nuevo máximo, se reducirá al nuevo máximo legal; b) si la pena impuesta fue el mínimo anterior, se convertirá en el nuevo mínimo legal; c) si la pena impuesta fue inferior al mínimo anterior, pero mayor del nuevo mínimo, se reducirá al nuevo mínimo legal; y d) si la pena impuesta fue inferior al nuevo mínimo legal y menor al nuevo máximo de la pena del tipo base [...] no se podrá reducir la pena.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N.° 352-2005
CALLAO

Lima, dieciséis de marzo del dos mil cinco.

VISTOS: De conformidad en parte con lo dictaminado por el señor fiscal supremo.

CONSIDERANDO

Primero: Que el condenado Javier Gonzáles Gonzáles ha interpuesto recurso de nulidad, contra la resolución de fojas mil ciento once, de fecha doce de noviembre del dos mil cuatro, que declara improcedente la adecuación de pena en el proceso penal que se le siguió por delito contra la salud pública -tráfico ilícito de drogas, en agravio del Estado.

Aplicación de una norma modificada

Segundo: Que el recurrente solicita se declare a fojas mil ciento dieciséis, haber nulidad en la resolución impugnada atendiendo a la existencia en ella de los siguientes agravios: **a)** Que la sanción de dieciocho años de pena privativa de libertad que le fuera impuesta se le aplicó en función al marco legal establecido por el articulo doscientos noventisiete del Código Penal antes de la modificatoria realizada por la Ley número veintiocho mil dos. [**b)** Que la citada ley modificó el artículo doscientos noventisiete y estableció como el nuevo mínimo legal de la pena privativa de libertad quince años, razón por la cual de conformidad con el artículo seis del código sustantivo, se le debe sustituir la pena impuesta en forma proporcional al nuevo mínimo legal.

Aplicación de la retroactividad benigna

Modificación de las penas en el delito de tráfico ilícito de drogas

Tercero: Que a efectos de evaluar el recurso planteado este Supremo Tribunal precisa: **a)** Que los artículos doscientos noventiseis y doscientos noventisiete del código sustantivo fueron modificados por la Ley número veintiocho mil dos, la que redujo el mínimo y máximo de las penas conminadas en ellos; **b)** Que todo cambio en la conminación penal es una decisión política del legislador que corresponde en la teoría de las consecuencias jurídicas del delito se denomina la **"individualización legal o legislativa de la pena".** En ese sentido, sus efectos retroactivos sobre una pena concreta o individualizada judicialmente son directos y objetivos.

Individualización de la pena

Cuarto: "Que, en este contexto, es importante resaltar: **a)** Que en la ciudad de Trujillo, con fecha once de diciembre del año dos mil cuatro, los vocales superiores integrantes de las Salas Penales de la República, se reunieron en Sesión de Sala Plena Jurisdiccional Nacional Penal con el objeto de debatir temas relacionados a la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaría. **b)** Que entre los problemas jurisprudenciales sometidos a consideración del Pleno, se encontraba el de la sustitución de la pena impuesta por la más favorable, como consecuencia de las reformas punitivas introducidas por la Ley número veintiocho mil dos, en los delitos de tráfico ilícito de drogas.

Quinto: Que el citado Pleno Jurisdiccional, tomó en consideración que los efectos de la ley penal más favorable sobre sentencias condenatorias en ejecución, a los que alude el párrafo *in fine* del artículo seis del Código

Criterios para la aplicación de la ley más favorable

Penal, deben evaluarse y definirse en cada caso concreto con arreglo a las exigencias del principio de legalidad y proporcionalidad. En lo específico de los artículos doscientos noventiseis, doscientos noventisiete y doscientos noventiocho del código sustantivo, la sustitución de las penas impuestas antes de la vigencia de la Ley número veintiocho mil dos debe aplicarse en base a criterios comunes que no afecten las diferencias entre tipos básicos, tipos agravados y tipos atenuados.

Sexto: Que para sustitución adecuada y razonable de una pena impuesta en aplicación de las penas conminadas en los artículos doscientos noventiseis y doscientos noventisiete del Código Penal antes de la Ley número veintiocho mil dos y para evitar una valoración que lleve a una nueva pena concreta, el Pleno Jurisdiccional de Trujillo acordó los siguientes criterios de sustitución: **a)** Si la pena impuesta fue mayor a la del nuevo máximo, se reducirá al nuevo máximo legal; **b)** si la pena impuesta fue el mínimo anterior, se convertirá en el nuevo mínimo legal; **c)** si la pena impuesta fue inferior al mínimo anterior, pero mayor del nuevo mínimo, se reducirá al nuevo mínimo legal; y **d)** si la pena impuesta fue inferior al nuevo mínimo legal y menor al nuevo máximo de la pena del tipo base (artículo doscientos noventiseis), no se podrá reducir la pena.

Sétimo: Que resolviendo el caso *sub judice*, se debe considerar lo siguiente: **a)** Que se le imputa al procesado Gonzáles Gonzáles, haber coordinado el ingreso de droga al establecimiento penitenciario "Sarita Colonia" con fecha veinticuatro de octubre del año mil novecientos noventiocho. **b)** Que el ilícito en mención quedó subsumido dentro de la agravante contenida en el inciso cuarto del artículo doscientos noventisiete del Código Penal, modificado por la Ley número veintiséis mil seiscientos diecinueve, de fecha nueve de junio del año mil novecientos noventiseis. **c)** Que con fecha dieciséis de octubre del año dos mil uno, el recurrente fue procesado y condenado como autor del delito de tráfico ilícito de drogas con la agravante contenida en el ado artículo, a dieciocho años de pena privativa de la libertad; d) Que en el caso *sub judice* y tomando en cuenta el criterio adoptado en el Pleno Jurisdiccional de Trujillo (Ver literal "c" del sexto considerando) se advierte que la pena impuesta (dieciocho años) fue inferior al mínimo anterior (veinticinco años), pero mayor del nuevo mínimo (quince años), por lo que resulta pertinente reducir la pena al nuevo mínimo legal.

Octavo: Que, en consecuencia, habiéndose establecido los criterios para la adecuación de penas por modificaciones de la Ley número veintiocho mil dos, corresponde otorgar a dicha interpretación jurisprudencial el

carácter de precedente vinculante en aplicación de lo autorizado por el inciso uno del artículo trescientos uno-A, del Código de Procedimientos Penales, incorporado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuentinueve; y, estando a las consideraciones antes expuestas;

DECISIÓN

DECLARARON: **HABER NULIDAD** en la resolución recurrida de fojas mil ciento once, de fecha doce de noviembre del dos mil cuatro, que declara improcedente la adecuación de pena solicitada por el condenado Javier Gonzáles Gonzáles, y; **REFORMÁNDOLA,** DECLARARON: **PROCEDENTE** dicha petición, fijándose la pena en quince años de privación de la libertad, la misma que vencerá el veintitrés de octubre del dos mil trece, en el proceso penal que se siguió a Javier Gonzáles Gonzáles por delito contra la salud pública-tráfico ilícito de drogas, en agravio del Estado; **DISPUSIERON** que la presente Ejecutoria Suprema, constituya precedente vinculante en lo concerniente a los criterios para la adecuación de penas por modificaciones de la Ley número veintiocho mil dos a los que alude el literal "c" del sexto considerando de esta resolución; **ORDENARON** que el presente fallo se publique en el diario oficial *El Peruano*; con lo demás que contiene; y los devolvieron.

S.S.
VILLA STEIN / VALDEZ ROCA / PONCE DE MIER / QUINTANILLA QUISPE / PRADO SALDARRIAGA

SECCIÓN QUINTA
Delitos contra el medio ambiente

I.
DELITO DE CONTAMINACIÓN

1.
CASACIÓN N.º 383-2012-LA LIBERTAD
NATURALEZA JURÍDICA DEL DELITO CONTRA EL MEDIO AMBIENTE

Casación	**N.º 383-2012-La Libertad**
Fecha	15.10.2013
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponente	Javier Villa Stein
Tema	Naturaleza jurídica del delito contra el medio ambiente
Doctrina jurisprudencial vinculante	ff. jj. n.os 4.3 y 4.12
Concordancia	Código Penal: arts. 82.4 y 304 Código Procesal Penal: art. 339.1

SUMILLA:

4.9. Ahora bien, corresponde analizar la fase de consumación del delito, esto es si se trata de un delito de carácter permanente o de comisión instantánea con efectos permanente; al respecto, debemos precisar que el primero se refiere a que la acción delictiva se pueda prolongar en el tiempo, pues el estado de antijuridicidad no cesa y se mantiene durante un período cuya duración está puesta bajo la esfera de dominio del agente, se diferencia con los delitos denominados de comisión instantánea con efectos permanentes, en que en estos el tipo de consuma en un instante, pero sus consecuencias permanecen en el tiempo, en cambio en los permanente la mantención del resultado sigue importando consumación [...]. En el presente caso, nos encontramos ante un delito omisivo de carácter permanente, toda vez que para la consumación requiere, de la realización de todos los elementos constitutivos de la figura legal, generando una mínima extensión temporal de la acción, ya que su estado antijurídico dentro de la circunscripción del tipo se prolonga temporalmente merced a la voluntad del autor [...], pues se le atribuye al representante legal de la empresa Corporación Minera San Manuel Sociedad Anónima, el omitir la implementación del Plan de pasivos ambientales y la renuencia a dar cumplimiento a los dispositivos medioambientales, conducta atribuible dada la probabilidad de que el daño resulte irreparable, no siendo necesario demandar daño efectivo sino uno potencial.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 383-2012
LA LIBERTAD

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, quince de octubre de dos mil trece

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación por la causal de desarrollo de la doctrina jurisprudencial e indebida aplicación, una errónea interpretación o falta de aplicación de la ley penal o de otras normas necesarias para su aplicación, interpuesto por el representante del Ministerio Público, contra el auto de vista del primero de junio de dos mil doce, obrante a fojas ciento setenta y dos, que confirmó la resolución del dieciséis de noviembre de dos mil once, obrante a fojas ciento cuarenta y uno, que declaró fundada la excepción de prescripción de la acción penal deducida por la Corporación Minera "San Manuel Sociedad Anónima", a favor de su representante legal Adalberto Alejandro Rivadeneira Gámez, con motivo del proceso seguido en su contra, por el delito contra el Medio Ambiente —Vertimentos contaminantes al suelo—, en agravio del Estado y la sociedad.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo Villa Stein.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Itinerario del proceso en primera instancia

1.1. Que, el señor Fiscal Provincial de la Segunda Fiscalía Provincial de Prevención del delito de Trujillo y especializada en materia ambiental, a fojas uno, con fecha quince de septiembre de dos mil diez, dispuso formalizar y continuar la investigación preparatoria en contra de Adalberto Alejandro Rivadeneira Gámez, en su calidad de Gerente General de las empresa "Corporación Minera San Manuel S.A." y de la "Minera Sayaatoc S.A." y contra Carlos Montori Alfaro, en su calidad de Director Gerente de la "Compañía Minera Sayapullo S.A.", como autores del delito de contaminación del ambiente, en la modalidad de vertimentos contaminantes al suelo, el subsuelo y a las aguas terrestres o subterráneas, en agravio del Estado, la sociedad y la población de Sayapullo, en su representación la Municipalidad Distrito de Sayapullo.

1.2. Posteriormente, el procesado Carlos Guillermo Montori Alfaro, en representación de la empresa Corporación Minera San Manuel Sociedad Anónima, mediante escrito de fojas ciento treinta y seis, deduce excepción de prescripción contra la acción penal incoada en contra de su representada, por la presunta comisión del delito de contaminación ambiental, pues sostiene que en el presente caso, corresponde aplicar lo prescrito en el artículo trescientos cuatro del Código Penal, el cual reprimía con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y habiendo adquirido su representada la concesión minera en octubre del dos mil ocho a la fecha han transcurrido más de seis años, por lo cual, el plazo prescriptorio ha vencido en exceso.

1.3. En mérito a ello, el Juzgado de Paz Letrado de la Provincia de Gran Chimú-Cascas con funciones de investigación preparatoria, emitió la resolución del dieciséis de noviembre de dos mil once, de fojas ciento cuarenta y uno, que declaró fundada la excepción de prescripción de la acción penal deducida por la Corporación Minera San Manuel Sociedad Anónima, en la investigación preparatoria que se realiza por la supuesta comisión del delito contra el Medio Ambiente —Vertimentos contaminantes al suelo—, en agravio del Estado y la Sociedad.

1.4. Contra la cual, el Fiscal Provincial encargado de la Fiscalía Provincial Especializada en materia ambiental de la Libertad, interpone recurso de apelación, por escrito del veintiuno de noviembre de dos mil once, obrante a fojas ciento cincuenta y cinco; la misma que fue concedida conforme se aprecia de la Resolución del siete de diciembre del dos mil once, obrante a fojas ciento cincuenta y ocho.

II. Del trámite recursal en segunda instancia

2.1. El Tribunal Superior por resolución del cuatro de abril de dos mil doce, de fojas ciento setenta, señaló fecha para la audiencia de apelación de auto, la que se concretó conforme al acta de cuatro de mayo de dos mil doce, de fojas ciento setenta y uno, con la intervención del representante del Ministerio Público y abogado defensor de la empresa imputada Corporación Minera San Manuel S.A.; posteriormente, la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, procedió a dictar el auto de vista del uno de junio de dos mil doce, de fojas ciento setenta y dos, que aclaró la resolución número dos en el extremo que comprende como investigada a Corporación Minera San Manuel Sociedad Anónima y, en vía de aclaración, se ordena que se incorpore a su representante legal como imputado favorecido con la excepción deducida; confirmar la resolución número dos, que declaró fundada la excepción de prescripción de la acción penal deducida por la Corporación Minera San Manuel Sociedad Anónima, a favor de su representante legal, el imputado Adalberto Alejandro Rivadeneira Gámez, en la investigación preparatoria seguida en su contra por la supuesta comisión del delito contra el Medio Ambiente, en agravio del Estado y la Sociedad, sosteniendo que: "El delito previsto en el primigenio artículo trescientos cuatro del Código Penal (antes de la modificatoria establecida en el artículo tercero de la Ley número veintinueve mil doscientos sesenta y tres), reprime el comportamiento atribuido al imputado, es un delito de consumación inmediata con resultados permanente, por lo que el cómputo del plazo de prescripción corre a partir de la fecha de su comisión, esto es el treinta de diciembre de dos mil cinco, de conformidad con el artículo ochenta y dos, apartado dos del Código Penal; siendo así, ha vencido en exceso el plazo ordinario de prescripción de la acción penal".

2.2. Estando a ello, el representante del Ministerio Público, interpuso recurso de casación, mediante escrito de fojas doscientos once, contra la resolución antes

aludida, invocando como causales: i) indebida interpretación de la Ley penal; ii) falta o manifiesta ilogicidad en la motivación de las resoluciones judiciales; sosteniendo que se ha apartado de la doctrina mayoritaria que establece que la omisión impropia se puede configurar en cualquier tipo de delitos, siempre que se den los presupuestos que exige el artículo trece del Código Penal; asimismo, la palabra "indirecta" que prevé el Código Penal Español, hace referencia a la naturaleza del vertimento, sin hacer alusión a la estructura típica del delito, por lo que, no tienen ningún respaldo jurídico la posición que asume la Sala Superior para descartar la tesis incriminatoria; además, sostiene que en la excepción de prescripción se han cuestionado la calificación jurídica realizada por el representante del Ministerio Público, desvinculándose en el extremo que imputa un delito de omisión de carácter permanente, desconociendo con ello la naturaleza misma de la imputación; lo cual es sumamente grave, porque el mismo órgano Colegiado se pronunció de manera completamente distinta al resolver una excepción de prescripción planteada por el coimputado del recurrente; de otro lado, la Sala Superior de Apelaciones se ha apartado del precedente vinculante uno guión dos mil diez, que establece la vigencia del artículo trescientos treinta y nueve del Código Procesal Penal, al establecer que la Formalización de la Investigación Preparatoria suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal, dispositivo que no ha tenido en cuenta, a pesar que se invocó a efectos de que se rechace la pretensión de la defensa. De igual forma, el Procurador Público Especializado en Delito Ambientales, interpuso recurso de casación contra la citada resolución, mediante escrito de fojas doscientos treinta y siete.

III. Del trámite del recurso de casación interpuesto por la parte agraviada

3.1. El Tribunal Superior por resolución de fecha diecinueve de julio de dos mil doce, de fojas doscientos cincuenta, concedió el recurso de casación respecto a la causal de: **i)** indebida aplicación o errónea interpretación de la Ley Penal y otras normas necesarias para su aplicación y necesidad de desarrollo de doctrina jurisprudencial; asimismo, **ii)** declaró improcedente el recurso de casación interpuesto por la causal de falta o manifiesta ilogicidad en la motivación de resoluciones judiciales; y dispuso elevar los autos al Tribunal Supremo, elevándose la causa con fecha siete de septiembre de dos mil doce.

3.2. Cumplido el trámite de traslado a las partes procesales, este Tribunal Supremo mediante Ejecutoria Suprema del veintidós de febrero de dos mil trece, de fojas cuarenta y siete —del cuadernillo de casación—, en uso de sus facultades, declaró improcedente el recurso de casación interpuesto por el Procurador Público Especializado en Delitos Ambientales y bien concedido el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público, por la causal de desarrollo de la doctrina jurisprudencial e indebida aplicación, una errónea interpretación o falta de aplicación de la ley penal o de otras normas necesarias para su aplicación.

3.3. Deliberada la causa en secreto y votada el día quince de octubre de dos mil trece, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública —con las partes que asisten— se realizará por la Secretaria de Sala el día veintiocho de octubre de dos mil trece.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

4.1. Del ámbito de la casación: Conforme se ha señalado líneas arriba, mediante Ejecutoria Suprema del veintidós de febrero de dos mil trece, de fojas cuarenta y siete —del cuadernillo de casación—, admitió a trámite el recurso de casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial e indebida aplicación o errónea interpretación de la Ley Penal o falta de aplicación de la ley penal o de otras normas necesarias para su aplicación.

4.2. Los agravios admitidos que invoca son: i) que se ha incurrido en una indebida interpretación del artículo trescientos cuatro del Código Penal —delito de contaminación ambiental—, debiendo establecerse si el delito ambiental es un delito omisivo de carácter permanente o uno de consumación inmediata y los efectos que ello acarrea en la prescripción de la acción penal; **ii)** que, la calificación jurídica de los hechos no puede ser discutida ni cuestionada en el trámite de una excepción de prescripción de la acción penal, por lo que, cualquier discrepancia con la calificación es un exceso en el ejercicio de la función jurisdiccional que atenta contra la autonomía del Ministerio Público; **iii)** que la Sala Superior de Apelaciones se ha apartado del precedente vinculante uno guión dos mil diez, que establece la vigencia del artículo trescientos treinta y nueve del Código Procesal Penal, al establecer que la Formalización de la Investigación Preparatoria suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal, dispositivo que no se ha tenido en cuenta, a pesar que se invocó a efectos de que se rechace la pretensión de la defensa.

Fundamento de la casación

Motivo casacional: Indebida aplicación o errónea interpretación de la Ley penal y otras normas necesarias para su aplicación y necesidad de desarrollo de la doctrina jurisprudencial

4.3. En el presente caso, se le imputa a Adalberto Alejandro Rivadeneira Gámez, ser autor del delito de contaminación del ambiente, en agravio del Estado y la Sociedad, representado por la Municipalidad distrital de Sayapullo-Gran Chimú, toda vez que en su calidad de representante legal de la Corporación Minera San Manuel S.A., incumplió con las obligaciones ambientales contenidas en el Contrato de Transferencia de Derechos Mineros de fecha treinta de diciembre de dos mil cinco y el

contrato de Transferencia de terrenos superficiales y derechos mineros de fecha seis de agosto de dos mil seis, celebrado con la compañía Minera Sayapullo S.A., por los cuales adquiere derechos mineros sobre las Concesiones Mineras en las que la Compañía Minera Sayapullo S.A., habría venido efectuando operaciones mineras hasta el año de mil novecientos noventa y ocho y en donde se habrían generado diversos pasivos ambientales como son la Cancha de Relaves Higospampa y Vista Bella, ubicadas en las inmediaciones del Cerro San Lorenzo —distrito de Sayapullo— Provincia Gran Chimú, las que vienen generando graves impactos negativos ambientales a través de los vertimentos de sustancias contaminantes del Río Sayapullo, que son arrastradas por las lluvias que se producen en el lugar, al no haberse implementado ningún plan de remediación o mitigación ambiental; no obstante, que en los contratos referidos, la Corporación Minera San Manuel asumió la responsabilidad de implementar el Plan de Cierre de Pasivos ambientales, conforme a la legislación minero ambiental vigente; en tal sentido, la conducta omisiva imputada se ha prolongado desde el treinta de diciembre de dos mil cinco, fecha en la que adquiere la titularidad de los derechos mineros y pasivos ambientales, hasta el siete de enero de dos mil once, fecha en la cual recientemente la Corporación Minera San Manuel S.A., ha obtenido la aprobación del Plan de Cierre de estos pasivos ambientales que se encuentra pendiente de implementar.

Conducta omisiva del agente

4.4. Conducta que se encuentra prevista y sancionada por el primer párrafo del artículo trescientos cuatro del Código Penal (en concordancia con el artículo seis del Código Penal), el cual estipula que:

Subsunción de la conducta al tipo penal

> "El que infringiendo las normas sobre protección del medio ambiente, lo contamina vertiendo residuos sólidos, líquidos o gaseosos de cualquier otra naturaleza por encima de los límites establecidos y que causen o puedan causar perjuicio o alteraciones en la flora, fauna y recursos hidrobiológicos, será reprimido con pena privativa de libertad, **no menor de uno ni mayor de tres años** o con ciento ochenta a trescientos sesenticinco *días-multa*".

Tipo penal del delito de contaminación ambiental

4.5. En el presente caso, debemos establecer si el tipo penal reseñado, según la forma de la conducta del agente se trata de un delito comisivo (esto, vinculado a la existencia de un contenido material prescriptivo de no intromisión en la esfera jurídica ajena, en: SCHÜNEMANN, Berd, *Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia. Con una aportación a la metodología del Derecho Penal*, Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 39) u omisivo, para luego analizar la fase de consumación del delito, esto es si se trata de un delito de carácter permanente

(en el cual se entiende que la consumación se produce cuando ya se realizaron todos los elementos del tipo, en: VILLA STEIN, Javier, *Derecho Penal. Parte General*, Lima: Grijley, Lima, 2008, p. 305) o de su consumación inmediata con efectos permanentes (es decir, si los hechos se consumaron en un solo acto, independientemente de la permanencia en el tiempo que puedan mostrar sus efectos); para ello, previamente debemos precisar algunos conceptos relativos al tipo penal imputado.

Determinación del tipo de delito por la conducta del agente

4.6. En principio nos encontramos ante un tipo penal en blanco, en tanto que el legislador condiciona la tipicidad penal de la conducta a una desobediencia administrativa (la Ley número veintiocho mil doscientos setenta y uno, del dieciséis de agosto de dos mil cinco, en la que regula los pasivos ambientales de la actividad minera), como indicador de una fuente generadora de peligro y/o riesgo, el cual debe ser potencial, idóneo y con aptitud suficiente para poder colocar en un real estado de riesgo a los componente ambientales, sin necesidad de advertirse un peligro concreto para la vida y la salud de las personas; es decir, que la protección jurídica penal es el medio ambiente, los elementos biológicos que constituyen el involucro natural dentro del cual se desarrolla la vida del hombre, que parte de la consideración del derecho humano de tercera generación, reconocido en el inciso veintidós, del artículo dos de la Constitución Política del Estado Peruano, que establece el derecho a "gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida", consagrando como un valor digno de protección y tutela por parte del sistema punitivo a través del derecho (Véase: ESER, Alvin, "La Tutela Penales dell ambiente in Germania", *en L' Indice Penale*, Lima, 1989, p. 237).

Delitos de contaminación ambiental como tipo penal en blanco

Bien jurídico protegido

4.7. Ahora bien, en dicho tipo penal se aprecian tres verbos rectores: "infringir", "contaminar" y "verter", siendo éstos dos últimos aparentemente de carácter comisivo, "contaminar" en la modalidad de "verter" que significa derramar o vaciar líquidos, los cuales pueden ser de forma inmediata o directa que se realiza sobre un curso de agua, cauce público o canal de riego, o indirectamente realizándose a través de canales de desagüe y pluviales (Véase: REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Estudios de Derecho Penal, Parte Especial*, Jurista Editores, Lima, dos mil nueve, página ciento setenta y siete); sin embargo, realizando una interpretación teleológica y de la *ratio legis* de la norma, dichos verbos rectores se producen con la infracción de las normas que regulan la protección ambiental, causando o pudiendo causar un perjuicio o alteración a la flora, fauna, recursos hidrobiológicos, es decir que la responsabilidad penal en materia ambiental nacerá fundamentalmente de un incumplimiento del deber de actuación y el peligro nace de la

Conductas típicas

omisión de los dispositivos o normas ambientales, es esta línea se ha pronunciado, con toda razón, el profesor Roxin: "En primer lugar no es admisible desde un punto de vista político social que el arma más grave del Estado, el *ius puniendi*, se use sin objeciones frente a cada bronca, cada riña a cuchilladas o cada pequeño robo, y sin embargo deba retroceder en la lucha de peligros contra la vida e integridad u otros bienes jurídicos fundamentales de millones de hombres, como por ejemplo, los que se derivan de los fallos en los productos, de los daños al medio ambiente, del uso de la energía nuclear, de las instalaciones industriales, de la tecnología de la genética o de la moderna información tecnológica [...]" (Claus Roxín, "Conclusiones finales", citado por Arroyo Zapatero, Luis /Neumann, Ulfrid /Nieto Martín, Adán (coords.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, La Mancha, Cuenca: Universidad de Castilla - La Mancha, 2003, p. 329).

Naturaleza omisiva de las conductas típicas

4.8. Siendo así, estamos frente a un delito de naturaleza omisiva, lo cual es acorde a la imputación fáctica que pesa contra el procesado, toda vez que se le atribuye que en su condición de representante legal de una persona jurídica dedicada a actividades extractivas, omitió realizar una actuación debida para controlar el peligro de dicha actividad de riesgo desarrollada en el ámbito de su dominio (por la gran diversidad de sustancias químicas que se utilizan, que pueden producir resultados potencialmente lesivos al bien jurídico protegido), infringiendo así una ley (dispositivos medioambientales) y una prohibitiva (no contaminar), a pesar que suscribió un contrato, donde a su firma asumió voluntariamente el compromiso de implementar el Plan de pasivos ambientales, de acuerdo con la legislación medioambiental; por tanto, el agente tenía el deber de vigilar una fuente de peligro determinada, constituida por los impactos negativos como son los vertidos a través de los efluente acuíferos al río Sayapullo —conforme lo señala la Disposición Fiscal número siete, de fojas uno, en el que precisa que el Informe número cero cero cinco punto diez oblicua DESA oblicua DEPA oblicua JFDC, concluye que las muestras tomadas en la inspección del Cerro Sayapullo superan el estándar de calidad ambiental de agua establecido por el Decreto Supremo número cero dos guión dos mil ocho guión MINAN punto RJ punto cero doscientos dos guión dos mil diez guión ANA y del Informe Pericial de Ingeniería Forense número ITQ cero setenta y tres guión diez, emitido por el Laboratorio Regional de Criminalística III DIRTEPOL de la Policía Nacional del Perú—. En ese sentido, la omisión está referida a la falta de implementación de las medidas para la correcta eliminación de los residuos, a pesar que conocía de la propia situación generadora del deber, como de la posibilidad de realización de la acción debida.

Deber de vigilar del agente

Incumplimiento del deber del agente

Determinación de la fase de consumación del delito

4.9. Ahora bien, corresponde analizar la fase de consumación del delito, esto es si se trata de un delito de carácter permanente o de comisión instantánea con efectos permanente; al respecto, debemos precisar que el primero se refiere a que la acción delictiva se pueda prolongar en el tiempo, pues el estado de antijuridicidad no cesa y se mantiene durante un período cuya duración está puesta bajo la esfera de dominio del agente, se diferencia con los delitos denominados de comisión instantánea con efectos permanentes, en que en estos el tipo de consuma en un instante, pero sus consecuencias permanecen en el tiempo, en cambio en los permanente la mantención del resultado sigue importando consumación (Véase: GARRIDO MONTT, Mario, *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*, Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1984, p. 174). En el presente caso, nos encontramos ante un delito omisivo de carácter permanente, toda vez que para la consumación requiere, de la realización de todos los elementos constitutivos de la figura legal, generando una mínima extensión temporal de la acción, ya que su estado antijurídico dentro de la circunscripción del tipo se prolonga temporalmente merced a la voluntad del autor (Véase: BORJA JIMÉNEZ, E., *La terminación del delito*, ADPCP, fascículo I, 1995, p. 101), pues se le atribuye al representante legal de la empresa Corporación Minera San Manuel Sociedad Anónima, el omitir la implementación del Plan de pasivos ambientales y la renuencia a dar cumplimiento a los dispositivos medioambientales, conducta atribuible dada la probabilidad de que el daño resulte irreparable, no siendo necesario demandar daño efectivo sino uno potencial.

Delito de carácter permanente

Delito de comisión instantánea con efectos permanentes

4.10. En tal sentido, habiéndose establecido que es un delito permanente, corresponde la aplicación del inciso cuatro, del artículo ochenta y dos del Código Penal, el cual establece que el momento a partir del cual empieza a computarse el plazo para la prescripción de la acción penal, es "a partir del día en que cesó la permanencia", y como quiera que el procesado en su condición de representante legal de la empresa minera recién con fecha siete de enero de dos mil once, obtuvo la aprobación del Plan de Cierre de Pasivos Ambientales de acuerdo al artículo treinta de la Ley número veintiocho mil seiscientos once-Ley General del Ambiente —dichos planes de tratamiento de pasivos ambientales están dirigidos a remediar los impactos ambientales originados por uno o varios proyectos de inversión de actividades, pasados o presentes—, por lo que la acción delictiva (omisión) se ha mantenido en el tiempo de manera permanente, cesando recién el siete de enero de dos mil once; momento a partir del cual debe computarse el plazo prescriptorio; debiendo tenerse presente lo preceptuado por el artículo ochenta del Código Penal de mil novecientos noventa y uno, que señala: "La acción

Inicio de la prescripción

penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es pena privativa de libertad", por lo tanto el plazo ordinario de prescripción de la acción penal es de tres años; sin embargo, al haberse formalizado la investigación —conforme se verifica de la Disposición Fiscal, obrante a fojas uno—, se suspende el curso de la prescripción de la acción penal, el cual no puede prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario más una mitad de dicho plazo —tal como lo establece el Acuerdo Plenario número tres guión dos mil doce oblicua CJ guión ciento dieciséis—; por lo que, en todo caso vence indefectiblemente a los cuatro años y seis meses, esto es el día siete de julio del año dos mil quince; en consecuencia, debe revocarse la resolución impugnada, debiendo declararse infundada la excepción de prescripción de la acción penal.

Prescripción de la acción penal

Suspensión del curso de la prescripción

4.11. Que, el representante del Ministerio Público cuestionó la resolución impugnada, al sostener que se atenta contra la autonomía del Ministerio Público, pues se está discrepando con la calificación jurídica realizada por éste; al respecto debemos indicar que no se está afectando el principio acusatorio o de contradicción, pues no se está variando la imputación fáctica realizada por el órgano fiscal; sin perjuicio de lo expuesto, se debe tener en cuenta que el Juzgador de acuerdo a sus facultades reconocidas en la Constitución Política del Estado, su Ley Orgánica y dispositivos procesales, puede realizar una correcta adecuación de la conducta al tipo penal, pues debe velar por el respeto del principio de legalidad en atención a que es un Juez de Garantía, por lo que ante el hecho concreto debe aplicar la norma que corresponda aún en contra de la errónea acusación —si ese fuera el caso—, así la calificación jurídica realizada por el Ministerio Público en la acusación, puede ser modificada por el Juzgador en las resoluciones el auto de apertura de instrucción, en el auto de enjuiciamiento o en una sentencia condenatoria, en virtud a la tesis de la desvinculación, siempre que se respeten ciertos requisitos, conforme lo ha establecido el Acuerdo Plenario número cuatro guión dos mil siete oblicua CJ guión ciento dieciséis, como es **i)** la homogeneidad del bien jurídico protegido, **ii)** no se plantee a efectos de introducir una circunstancia atenuante o variar el grado del delito o el título de participación, y **iii)** cuando se está ante un manifiesto error en la tipificación fácilmente constatable para la defensa. Así mismo, no se estaría quebrantando el rol del Ministerio Público ni su autonomía, siendo que la formalización de denuncia realizada por este organismo constitucional autónomo, posee una estructura fáctica y jurídica, correspondiendo finalmente al Juzgador la adecuación de la conducta penal a la imputación fáctica, en atención además al principio *iura novit curia*, por el cual el Juez

Facultades del juzgador

debe aplicar el derecho que corresponde al proceso, por lo tanto no se ha afectado en modo alguno el principio de correlación o congruencia procesal, principio acusatorio, el derecho de defensa y al principio de contradicción; por tanto no se está desconociendo la naturaleza de la imputación en el presente caso.

Requerimientos a la modificación de la calificación jurídica

4.12. Finalmente, el titular de la acción penal cuestionó la resolución recurrida, al considerar que la Sala Superior de Apelaciones se apartó del precedente vinculante uno guión dos mil diez, que establece la vigencia del artículo trescientos treinta y nueve del Código Procesal Penal, al establecer que la Formalización de la Investigación Preparatoria suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal, dispositivo que no se ha tenido en cuenta, a pesar que se invocó a efectos de que se rechace la pretensión de la defensa; al respecto, debemos indicar que lo señalado por el Fiscal Superior es erróneo, toda vez que la suspensión del plazo prescriptorio no es indeterminado o ilimitado, sino que *éste tiene como límite un tiempo equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo.* En efecto, dicho Acuerdo Plenario que luego fue aclarado mediante el Acuerdo Plenario tres guión dos mil doce oblicua CJ guión ciento dieciséis, en su fundamento treinta y dos, ha dejado claramente establecido que "el plazo de suspensión del proceso se produce dentro del marco impuesto por la Ley, no es ilimitado y eterno y se corresponde con la realidad legislativa de la nueva norma procesal y el marco de política criminal del Estado". Ello es acorde con los derechos fundamentales consagrados y reconocidos internacionalmente en los Pactos del cual nuestro país es parte suscriptor como son la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, toda vez que en un proceso penal no puede convertirse en interminable, como es el derecho de toda persona a ser procesada en un plazo razonable, que forma parte del derecho fundamental al debido proceso y todo proceso no puede ser indefinido en el tiempo, ya que se distorsionaría el instituto de la prescripción y se haría inoperante subsecuentemente.

Límite a la suspensión del plazo prescriptorio

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por la causal de desarrollo de doctrina jurisprudencial e indebida aplicación, una errónea interpretación o falta de aplicación de la ley penal o de otras normas necesarias para su aplicación, interpuesto por el representante del Ministerio Público; en consecuencia, **CASARON** el auto de vista del primero de junio de dos mil doce, obrante a

fojas ciento setenta y dos, que confirmó la resolución del dieciséis de noviembre de dos mil once, obrante a fojas ciento cuarenta y uno, que declaró fundada la excepción de prescripción de la acción penal deducida por la Corporación Minera "San Manuel Sociedad Anónima", a favor de su representante legal Adalberto Alejandro Rivadeneira Gámez, con motivo del proceso seguido en su contra por el delito contra el Medio Ambiente —vertimentos contaminantes al suelo—, en agravio del Estado y la sociedad.

II. Actuando como instancia revocaron la resolución de vista y reformándolo, declararon **INFUNDADO** la excepción de prescripción deducida por Corporación Minera San Manuel S.A., a favor de su representante legal el imputado Adalberto Alejandro Rivadeneira Gámez; en consecuencia, prosígase la causa según su estado.

III. MANDARON que, la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad y las demás Cortes Superiores de los Distritos Judiciales que aplican el Código Procesal Penal, consideren ineludiblemente como doctrina jurisprudencial vinculante lo señalado en el cuarto considerando (Del motivo casacional: Para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial) de la presente Ejecutoria Suprema, de conformidad con el inciso cuatro, del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal; y se publique en el diario oficial "El Peruano".

IV. ORDENARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano de origen; y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema; Interviniendo el señor Juez Supremo Morales Parraguéz por licencia de la señora Jueza Suprema Tello Gilardi.

S.S.

VILLA STEIN /PARIONA PASTRANA/ BARRIOS ALVARADO/ NEYRA FLORES/ MORALES PARRAGUÉZ.

SECCIÓN SEXTA
Delitos contra la voluntad popular

I.
DELITOS CONTRA EL DERECHO DE SUFRAGIO

1.
CASACIÓN N.º 348-2015-HUÁNUCO
LA FALTA DE CONTENIDO TÍPICO EN EL DELITO DE INDUCCIÓN AL VOTO

Casación	**N.º 348-2015-Huánuco**
Fecha	02.06.2016
Procedencia	Sala Penal Transitoria
Ponente	César San Martín Castro
Tema	La falta de contenido típico en el delito de inducción al voto
Jurisprudencia relevante	f. j. n.º 5
Concordancia	Código Penal: arts. 24 y 356 Nuevo Código Procesal: 429.3, 427.4 y 499.1

SUMILLA:

Falta de contenido típico: delito de inducción al voto

El imputado, en el curso de un proceso electoral en giro, vulnerando la neutralidad electoral de los funcionarios públicos, apoyó de manera explícita a un candidato a congresista resaltando que si se vota por él las obras seguirían. En ese sentido, no se trata de una promesa concreta a un elector o grupo de electores determinados, sino de un ofrecimiento vago o genérico de las supuestas bondades y mejoras que importaría el voto favorable a dicho candidato, lo cual fue expuesto en una conferencia de prensa realizada en una acto político y en presencia del candidato en cuestión. Como no se indica qué obras se realizarían y a qué sectores se beneficiarían, la conducta incriminada solo es censurable desde el Derecho electoral, pero no desde el Derecho Penal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
CASACIÓN N.º 348-2015
HUÁNUCO

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, dos de junio de dos mil dieciséis

VISTOS; el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal Adjunto Superior de Huánuco contra el auto de vista de fojas cuatrocientos catorce, de diecisiete de abril de dos mil quince, que confirmando el auto de primera instancia de fojas trescientos cuarenta y dos, de veintinueve de octubre de dos mil catorce, declaró fundada la excepción de improcedencia de acción deducida por el encausado Jesús Giles Alipázaga; en el proceso penal que se le sigue por delito de inducción a no votar o hacerlo en sentido determinado en agravio del Estado-Jurado Nacional de Elecciones; con lo demás que contiene.

Interviene como ponente el señor San Martín Castro.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero. Que tanto la Jueza del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Huánuco cuanto la Sala Penal de Apelaciones de Huánuco declararon fundada la excepción de improcedencia de acción que dedujo el encausado Jesús Giles Alipázaga; y, como tal, archivaron definitivamente la causa [autos de fojas trescientos cuarenta y dos y cuatrocientos catorce, de veintinueve de octubre de dos mil catorce y diecisiete de abril de dos mil quince, respectivamente].

Segundo. Que los hechos objeto de imputación son los siguientes [Disposición Fiscal de fojas veintiuno, de ocho de noviembre de dos mil trece]:

> **A.** El nueve de marzo de dos mil once el encausado Giles Alipázaga. Alcalde Provincial de Huánuco, con motivo de las elecciones generales de dos mil once, intervino en una actividad proselitista del partido político "Perú Posible", ubicado en el jirón veintiocho de julio, cuadra seis-Huánuco, realizada para apoyar al candidato a congresista Clever Orlando Castañeda Ramón. En ella se constataron pancartas de apoyo al referido candidato y una masa de personas que asistieron al acto.
>
> **B.** El citado Alcalde no solo asistió a dicho acto proselitista, sino que, en una conferencia de prensa desarrollada en esas mismas circunstancias, expresó, ante la pregunta de los periodistas de los medios de comunicación escrito, radial y televisivo, su pleno apoyo al candidato a congresista Castañeda Ramón, y anotó que con él realizaron una serie de obras de mejora de los servicios públicos (postas médicas, carreteras, colegios, drenaje, electrificación rural, agua y desagüe); y, si se le elige, las obras seguirán realizándose en beneficio de la población.
>
> **C.** La Fiscalía Provincial estimó que la presunta intención del Alcalde imputado era favorecer la candidatura al Congreso de Castañeda Ramón,

"(...) intentando influir en el sentido de votos de terceras personas a través de una promesa de realizar obras".

Tercero. Que la Jueza de Investigación Preparatoria en la resolución de fojas trescientos cuarenta y dos, de veintinueve de octubre de dos mil catorce, consideró que las expresiones vertidas por el imputado no tienen entidad para determinar la voluntad del elector, por su naturaleza de inciertas e indeterminadas —no se aprecia cuál sería la ventaja o dádiva que los electores recibirían con un voto favorable al candidato—; que la frase: "... las obras seguirán" no constituye una promesa cierta con capacidad para determinar la voluntad del elector.

Cuarto. Que, por su parte, el Tribunal Superior en el auto de vista de fojas cuatrocientos catorce, de diecisiete de abril de dos mil quince, acotó que el verbo rector: inducir a un elector a votar en sentido determinado, requiere que la inducción sea directa y objetiva a un elector o algún elector, a quien le ofrezca una dádiva, ventaja o promesa en forma directa, de suerte que pueda producirse el soborno electoral de manera concreta y específica ante un elector; que el imputado manifestó su apoyo al candidato al Congreso ante un grupo de personas, esto es, lo que expresó no se realizó ante un elector o algún elector en específico, a quien indujo de manera directa la entrega de una dádiva, ventaja o promesa en particular para éste.

Quinto. Que, si se toma en cuenta el recurso de casación del señor Fiscal Adjunto Superior de fojas cuatrocientos veintinueve, de ocho de mayo de dos mil quince, en concordancia con lo expresamente aceptado de sus términos por la Ejecutoria Suprema de fojas treinta y cuatro del cuadernillo de casación, de diecisiete de diciembre de dos mil quince, lo que es materia de dilucidación en sede casacional es lo que a continuación se expone:

A. El motivo de casación está vinculado a la inobservancia de precepto penal material —del tipo legal estatuido en el artículo 356° del Código Penal— (artículo 429° numeral 3 del Nuevo Código Procesal Penal).

B. La denuncia procesalmente relevante en sede de casación estriba en que se dio una interpretación errónea del delito de inducción a no votar o hacerlo en sentido determinado. No se interpretó adecuadamente los elementos típicos de esa figura penal, tanto respecto al verbo rector como a los alcances del medio comisivo.

C. Como se trata de un acceso excepcional al recurso de casación por la vía del artículo 427° numeral 4 del Nuevo Código Procesal Penal, se aceptó la intervención de esta Sala de Casación para fijar el apropiado alcance de este delito.

Sexto. Que instruidas las partes de la admisión del recurso de nulidad, materia de la resolución anterior —sin la presentación de alegato adicional alguno—, se

profirió el decreto de fojas cuarenta y dos, de once de mayo de dos mil dieciséis, que señaló fecha para la audiencia de casación el día veintiséis de mayo último.

Séptimo. Que realizada la audiencia de casación con la intervención del señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal, doctor Alcides Chinchay Castillo, según el acta adjunta, se celebró inmediatamente la deliberación de la causa en sesión secreta. Efectuada, tras la preceptiva deliberación, la votación respectiva y obtenido al número de votos necesarios, corresponde dictar la sentencia casatoria pertinente, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Que, en principio, el instituto procesal respecto del cual se examina los alcances del tipo legal de inducción a no votar o hacerlo en sentido determinado (artículo 356° del Código Penal), es el de la excepción de improcedencia de acción. Como es doctrina jurisprudencial consagrada el análisis de los cargos a través de dicha excepción, se circunscribe a los hechos propuestos como tales por la Fiscalía, tanto en la Disposición Fiscal de formalización de la investigación preparatoria cuanto, en su caso, en la acusación fiscal.

No cabe, por consiguiente, que se acepte como base del análisis típico, en pureza, de la adecuación típica, hechos distintos, circunstancias añadidas o eliminadas, o datos fácticos parcialmente excluidos o recortados, o que se realice una valoración de los actos de investigación y/o de prueba acopiados para rechazar o modificar algún hecho o circunstancia objeto de imputación o de acusación —según, claro está, el estadio del procedimiento penal—.

Segundo. Que el delito objeto de imputación es, como se ha expuesto, el de "inducción a no votar o hacerlo en sentido determinado", previsto y sancionado por el artículo 356° del Código Penal. Esta norma prevé como incurso en sus disposiciones a: "El que mediante dádivas, ventajas o promesas trata de inducir a un elector a no votar o a votar en un sentido determinado, (...)".

Concepto del delito de inducción al voto

Se trata de un delito común y de mera actividad. Cualquier persona puede ser sujeto activo de este delito. No se requiere que el elector efectivamente vote en un sentido determinado o no vote, acorde con el propósito y conducta desplegada por el sujeto activo; no se necesita un resultado para su consumación, no importa si el elector rechaza la oferta que se le hace.

Tercero. Que, en lo pertinente, la conducta típica de este delito, consiste en mover a alguien para que haga algo o no lo haga, provocar algo o causar algo —que es, conforme al Real Diccionario de la Lengua

Española, la definición del verbo típico: "inducir"—. Esa inducción —ese mover, provocar o causar—, recae siempre en un elector. Además, la figura típica, primero, está sujeta exclusivamente a la ejecución de determinados medios típicos: dádivas, ventajas o promesas —que en este último caso son actos que se deben cumplir a futuro—; y, segundo, persigue que el elector vote en determinado sentido o no lo haga.

Concepto del verbo rector "inducir"

Cuarto. Que, obviamente, el comportamiento típico arriba enunciado exige algunas precisiones adicionales de cara al bien jurídico tutelado y a la idoneidad de la conducta exigida.

Naturaleza del delito de inducción al voto

A. En efecto, se protege el derecho de sufragio activo de los ciudadanos —en tanto derecho fundamental del sistema democrático—. En estrictos términos, se tutela el proceso electoral, su regularidad y transparencia —se proscriben injerencias ilegítimas—, en la medida que se trata, en este supuesto típico, de conductas que vulneran algún aspecto del procedimiento electoral legalmente establecido por impedir la libre formación de la voluntad del elector o su libre ejercicio —formación en libertad de decidir votar—. Siendo así, quedan al margen de la criminalización electoral aquellas conductas que incidan en otros ámbitos operativos del procedimiento que no afecten de alguna manera el derecho de sufragio y que, en realidad, representan una mera inobservancia de reglas administrativas. Ello obliga que tal precepto (artículo 356° del Código Penal) se aplique restrictivamente.

Bien jurídico tutelado

B. El elector es la persona a quien se dirige la conducta típica. No puede entenderse que la conducta deba realizarse respecto de una sola persona, pues muy bien puede dirigirse a varias o numerosas personas, en acto único o en actos múltiples y/o sucesivos. No rigen las reglas de la instigación como forma de participación delictiva (artículo 24° del Código Penal) —el verbo "inducir" debe considerarse como un verbo rector, pues está descrito en la Parte Especial del Código Penal como una forma de autoría, que no se rige por el principio de accesoriedad—.

Es de resaltar que el legislador identifica una determinada clase de personas o ciudadanos: el elector y, por ende, delimita el hecho a los estrictos marcos de un proceso electoral. Se centra, pues, en la cualidad de elector del ciudadano, no en la cantidad de ciudadanos sobre los que debe recaer la conducta típica del sujeto activo. Es inatendible —como ya se destacó— que la acción típica solo pueda abarcar a una sola persona, pues es factible que un acto individual como el analizado incluya a varias personas.

Sujeto pasivo

C. El sujeto activo procura inducir al elector —provocar en él un determinado comportamiento electoral— mediante tres medios típicos: dádivas, ventajas o promesas. Éstas tienen una base material cierta: **(i)** entregar algo material reconocible —un bien concreto y con contenido patrimonial—, **(ii)** proporcionar algún tipo de beneficio —prestaciones de servicios o bienes sin valoración económica dentro del mercado—, o **(iii)** comprometerse a entregar algo o hacer algo que se concretará a futuro —la promesa, por lo demás, no puede estar vacía de contenido—.

Sujeto pasivo

D. La inducción al voto mediante promesas, ventajas o dádivas debe ser idónea; es decir, debe ser concreta o específica y, concurrentemente, consistente, así como tener la suficiente entidad para torcer la libre voluntad del elector, lo que debe valorarse en función a lo que se ofrece o promete, a lo puntualmente proferido y ejecutado por el sujeto activo y a las circunstancias en que la conducta tiene lugar.

Acción típica

Quinto. Que, en el caso de autos, lo que el imputado Giles Alipázaga expresó en unas declaraciones públicas, en los marcos de una reunión proselitista y en el curso de un proceso electoral en giro, vulnerando eso sí la neutralidad electoral a que están obligados los funcionarios públicos —por elección o por nombramiento—, importó un apoyo explícito a un candidato a congresista resaltando que si se vota por él las obras seguirían. No se trata de una promesa concreta a un elector o grupo de electores determinados, sino de un ofrecimiento vago o genérico de las supuestas bondades y mejoras que importaría el voto favorable a un candidato, expuesto en una conferencia de prensa realizada en ese acto político y en presencia del candidato en cuestión. No se indica qué obras se realizarían y a qué sectores se beneficiaría.

La conducta del imputado es, desde luego, censurable desde el Derecho electoral, pero no es típica. El Derecho penal no puede intervenir en este caso.

Inaplicabilidad del derecho penal

Sexto. Que, en consecuencia, debe desestimarse el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público, aunque desde la perspectiva del Derecho penal los motivos para amparar la excepción de improcedencia de acción son los que se enuncian en el fundamento jurídico anterior. En la base del razonamiento para la correcta interpretación del tipo legal de inducción a no votar o hacerlo en sentido determinado, debe tenerse presente lo puntualizado en el fundamento jurídico cuarto. No procede la imposición de costas para el Fiscal en atención a lo dispuesto en el artículo 499° numeral 1 del Nuevo Código Procesal Penal.

DECISIÓN

Por estas razones:

I. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el señor **FISCAL ADJUNTO SUPERIOR DE HUÁNUCO** corriente a fojas cuatrocientos veintinueve, de ocho de mayo de dos mil quince. En consecuencia, **NO CASARON** el auto de vista de fojas cuatrocientos catorce, de diecisiete de abril de dos mil quince, que confirmando el auto de primera instancia de fojas trescientos cuarenta y dos, de veintinueve de octubre de dos mil catorce, declaró fundada la excepción de improcedencia de acción deducida por el encausado Jesús Giles Alipázaga; en el proceso penal que se le sigue por delito de inducción a no votar o hacerlo en sentido determinado en agravio del Estado-Jurado Nacional de Elecciones; con lo demás que contiene.

II. EXIMIERON al Ministerio Público del pago de costas.

III. DISPUSIERON se remita la causa al Tribunal Superior para los fines legales correspondientes y se archive definitivamente. Hágase saber a las partes personadas en esta sede suprema.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO /PRADO SALDARRIAGA /SALAS ARENAS /BARRIOS ALVARADO / PRÍNCIPE TRUJILLO

SECCIÓN SÉTIMA
Delitos contra la administración pública

I.
DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1.
RECURSO DE NULIDAD N.º 2925-2010-LIMA
CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTALES DEL DELITO DE COLUSIÓN

Recurso de Nulidad	**N.º 2925-2010-Lima**
Fecha	03.12.10
Procedencia	Sala Penal Transitoria
Ponente	Roberto Barandiarán Dempwolf
Tema	Características fundamentales del delito de colusión
Jurisprudencia relevante	ff. jj. n.os 3, 7 y 9
Concordancia	Código Penal: art. 384 Código de Procedimientos Penales: Arts. 285 y 299 Constitución Política del Perú: art. 139.5

SUMILLA:

Entre las características fundamentales que definen la naturaleza jurídica y funcionalidad procesal del delito de colusión identificamos: i) Que, es un delito especial propio. El círculo de autores es restringido. Solo pueden ser sujetos activos del mismo los funcionarios públicos que actúen en razón de su cargo o por comisión especial. El tipo legal exige una relación funciona específica; el funcionario público ha de tener facultades para intervenir, por cuenta del Estado, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subasta o cualquier otra operación semejante, y ha de utilizar ese nexo funcional para delinquir. En consecuencia, no resulta plausible la instauración de procesos penales bajo proposiciones tácticas circunscritas a la mera constatación de irregularidades administrativas sin que responda o constituya la exteriorización del núcleo típico del delito de colusión desleal; y ii) el hecho punible de colusión es un delito de participación necesaria —concretamente de encuentro—, que requiere de la intervención de un particular o extraneus.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N.º 2925-2010
LIMA

Lima, tres de diciembre del dos mil diez

VISTOS; Los recursos de nulidad interpuestos por la señora fiscal superior y los encausados Oscar Saturnino Yupanqui Huaraca, Serafín Samuel Blanco Campos, Freddy Liborio Vega Eugenio, María Luz Vega Eugenio, contra la sentencia de fojas cuatro mil cuatrocientos treinta y seis de fecha treinta de junio de dos mil diez; interviniendo corno ponente el señor juez supremo Barandiarán Dempwolf; de conformidad con el dictamen del señor fiscal supremo en lo Penal.

CONSIDERANDO

Primero. Que, señor fiscal superior en escrito de fundamentación de agravios de fojas cuatro mil quinientos once catorce que la pena impuesta a los procesados, resulta benigna, si se considera el accionar delictivo desplegado por cada uno de ellos.

Que el encausado Oscar Saturnino Yupanqui Huaraca, en su recurso de nulidad de fojas cuatro mil cuatrocientos ochenta y nueve sostiene que a lo largo del proceso, no se ha llegado a determinar el presunto perjuicio económico ocasionado, a la entidad estatal agraviada (Ministerio de Salud); y que tanto el informe de la Comisión de Auditoría, como el examen pericial preliminar obrantes en autos, no han sido ratificados con las formalidades que exige la ley; asimismo, manifiesta que las imputaciones de sus coencausados María Luz Vega Eugenio, Freddy Liborio Vega Eugenio y Serafín Samuel Blanco Campos, no han sido uniformes en el curso del proceso, por lo que no existe elemento de prueba idóneo y concreto que lo vincule con el ilícito sub materia. Por otro lado, el encausado Serafín Samuel Blanco Campos, en su recurso de nulidad de fojas cuatro mil quinientos trece esgrime que se ha dictado condena en su contra, sin haberse individualizado los cargos que se le atribuye en la acusación fiscal y que no efectuó cotización alguna, y mucho menos, participó en la elaboración de los formatos presentados por las Empresas "NEPACUSA" y "CARVENT". Además, sostiene que no se ha valorado su condición de *extraneus* en el presente proceso, ni las normas sobre contrataciones y adquisiciones previstas en las Leyes números veintinueve mil seiscientos cuarenta y dos y veintiséis mil ochocientos cincuenta —esta última reglamentada mediante Decreto Supremo número cero treinta y nueve- noventa y ocho-PCM—. Finalmente los encausados Freddy Liborio Vega Eugenio y María Luz Vega Eugenio, en su recurso de fundamentación de agravios de fojas cuatro mil quinientos veinticinco aducen, que en autos, no existen elementos de prueba que acrediten sus responsabilidades en el ilícito incriminado; y que han sido condenados únicamente, en base a presunciones de índole subjetivo (prueba indiciaría), quedando

de lado los alcances —del artículo siete del Título Preliminar del Código Penal. De igual forma, señalan que al no haberse demostrado su responsabilidad, el monto fijado por concepto de reparación civil, deviene en contraproducente para sus intereses.

Segundo. Que, conforme trasciende de la acusación fiscal de fojas tres mil seiscientos ochenta y siete se atribuye al procesado Oscar Saturnino Yupanqui Huaraca, en su condición de Director de Programación y Adquisiciones del Ministerio de Salud, haberse coludido con sus coencausados Freddy Liborio Vega Eugenio, Serafín Samuel Blanco Campos y María Luz Vega Eugenio, con el fin de favorecer a estos últimos en los procesos de licitación convocados por la entidad agraviada para la impresión de "Formatos de Atención y de Acreditación" destinados al uso del Programa del Seguro Escolar Gratuito, a cambio un vehículo marca "Nissan" modelo Pulsar de placa de rodaje número BGF-novecientos ocho de propiedad de Pepe Fernando Gonzáles Brazzan conviviente de María Luz Vega Eugenio para que favoreciera a la empresa de esta (Colores Andinos) en las licitaciones que se efectuasen en el Ministerio de Salud, haciéndola intervenir ficticiamente a su hermana Sonia Dada Yupanqui Huaraca, en un "contrato de compra-venta" de vehículo, con la finalidad de ocultar el origen ilícito del mismo.

Tercero. Que la Sala Penal Permanente en la Ejecutoria suprema correspondiente al recurso de nulidad número tres mil cuarenta y cuatro-dos mil cuatro, Lima, de fecha uno de diciembre del dos mil cuatro, determinó como precedente vinculante el fundamento jurídico quinto de la misma, estableciendo que *cuando se trata de imputados que han declarado indistintamente en ambas etapas del proceso, "tiene libertad para conceder mayor o* menor *fiabilidad a unas u otras de tales declaraciones"* y aun cuando la sentencia vinculante en comentario se refiere a que en ocasiones se puede dar mayor valor a las declaraciones prestadas durante la instrucción que a las del juicio oral —en principio, porque esta última se fundamenta en el principio de inmediación con el juzgador que emite la sentencia—,lo cierto es que en ella se establece una facultad discrecional del juez para decidir cuál de ellas será la más creíble, para ello expire como juicio de discernimiento, que la declaración más convincente será aquella que haya sido sometida a *"contradicción con las garantías de igualdad, publicidad e inmediación y trasunta una mayor verosimilitud y fidelidad";* no está por demás recurrir en estos casos, también al criterio de conciencia o íntima convicción —denominada sana crítica en el proceso civil—, basado en el sistema de libre valoración de la prueba. Que, en este orden de ideas, el Acuerdo Plenario número dos-dos mil cinco-ciento dieciséis del

Valoración de la declaración del imputado

Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, de fecha treinta de setiembre del dos mil cinco, que versa acerca de *los requisitos que debe cumplir la sindicación del coacusado, testigo o agraviado a efectos de tener por enervada la presunción de inocencia de los imputados,* que son señalados como intervinientes en un delito y justificar la declaración judicial de culpabilidad; así señala como circunstancias que deben valorarse: **a)** desde una perspectiva subjetiva, **las posibles motivaciones de su delación, esto es, que estas no sean turbias o espurias, basadas en la venganza, odio, revancha,** deseo de obtener beneficios de cualquier tipo, incluso judiciales; **b) desde una perspectiva objetiva, que el relato incriminador esté mínimamente corroborado por otras acreditaciones indiciarlas en contra del sindicado; c)** debe observarse coherencia y solidez del relato del coimputado. Resalta el Plenario en comentario, que "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, el juzgador puede optar por la que se considere adecuada".

Requisitos de la sindicación del coacusado, testigo y agraviado

Cuarto. Que, dado los agravios antes reseñados, y los fundamentos de la sentencia impugnada, la cuestión nuclear por dilucidar en el presente recurso de nulidad es determinar si las versiones o relatos "incriminadores" brindados por los coprocesados a nivel preliminar —sin la presencia de abogado defensor ni del representante del Ministerio Publico, y menos aún sin posibilidad del contradictorio—, reúnen las exigencias antes glosadas; al respecto, debemos destacar que la Sala sentenciadora no observó las exigencias subjetivas y objetivas antes anotadas; máxime, si los coprocesados **desde la etapa preliminar** y durante la instrucción negaron haber entregado como contraprestación el referido vehículo al procesado Oscar Saturnino Yupanqui Huaraca; en consecuencia, la omisión de observar las exigencias anotadas constituye causal de nulidad. En este orden de ideas, desde la óptica de la corroboración periférica se deberá citar al juicio oral a los funcionarios que participaron en todo el proceso de licitaciones, cuestionadas, como lo es el testigo Benjamín Ismael Núñez Ortiz, quien era el sectorista del Área de Servicios de Nivel Central del Ministerio de Salud y tenía como función "llamar a cotizar únicamente a unas cuantas empresas" —fojas dos mil seiscientos treinta y cuatro— o en todo caso valorarse su versión descargante —de fojas dos mil seiscientos treinta y uno—, asimismo al testigo Juan Vicente Mena Polastri —fojas doscientos sesenta y cinco— quien al advertir la falta de material cuya obligación recayó en los supuestos beneficiarios, elaboró el acta de compromiso, donde el representante de la empresa beneficiada se comprometió a

entregar el monto faltante de material, accionar del referido testigo que cuestiona; una posible concertación.

Quinto. Que, fijado lo anterior constituye principio jurídico de obligatorio cumplimiento que toda sentencia condenatoria debe fundarse en que los hechos imputados se encuentren fehacientemente acreditados y conduzcan a demostrar la responsabilidad penal del encausado; este presupuesto no se ha verificado en el caso *sub examine*, pues conforme aparece en el decurso del proceso, estos han sido uniformes en negar toda relación con la imputación formulada, incriminación que no ha sido acompañada con la actividad probatoria necesaria para dilucidar acabadamente el *thema probandum.*

Sexto. Que, en este orden de ideas, se deberá observar lo dispuesto por el fiscal supremo, esto es que no se han agotado todas las diligencias necesarias con el fin de establecer fehacientemente si les alcanza o no responsabilidad a los procesados en el ilícito incriminado, habida cuenta que no se ha cumplido con practicar una pericia judicial contable a efectos de determinar con certeza si se ha generado un detrimento patrimonial en las arcas del Estado; más aún, si se tiene en cuenta, que la pericia preliminar actuada a nivel policial (fojas mil seiscientos ochenta y siete y mil setecientos sesenta y siete) —la misma que dio mérito al inicio de las acciones legales en contra de los procesados—, resulta incongruente en cuanto a sus conclusiones, pues, por un lado, señala que el accionar de estos, habría irrogado un gasto al Estado de veintitrés mil noventa y tres con cincuenta y dos céntimos (ver acápite "g"), para luego sostener (en su acápite "h"), que este asciende treinta y nueve mil ciento veinte soles con cincuenta y uno céntimos; montos que, incluso, difirieren con la suma determinada en el Informe número treinta y siete -IE-O- uno-dos mil-IGS/OECPNS obrante a fojas veintisiete, expedido por la Inspectoría General del Ministerio de Salud. En este contexto, resulta evidente que la presente causa no ha sido sustanciada en forma regular, pues no se ha valorado adecuadamente la conducta de los encausados, por lo que resulta necesario se proceda a un nuevo Juicio Oral con la celeridad que el caso amerita; acto en el que además de la diligencia antes anotada, deberán practicarse aquellas otras que se estimen pertinentes para el mejor esclarecimiento de los hechos investigados; máxime, si en lo concerniente al aspecto probatorio del hecho punible *sub examine,* el Acuerdo Plenario Número dos-dos mil siete/CJ-ciento dieciséis, de fecha dieciséis de noviembre del dos mil siete, siendo que la prueba pericial es de carácter compleja que, consta, entre otros elementos, del reconocimiento pericial, esto es, operaciones técnicas, actividades especializadas que realizan los peritos sobre el objeto

Prueba pericial: carácter complejo

peritado; máxime, si en la presente causa la denuncia de fojas uno y siguiente se afirmó que: "el perjuicio causado al Estado es de cuarenta mil doscientos cincuenta y seis mil con treinta y siete céntimos".

Sétimo. Que, dejando de lado el aspecto probatorio, y entrando al análisis del aspecto sustantivo debemos considerar que el principio de legalidad constituye una auténtica garantía constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos y un criterio rector en el ejercicio del poder punitivo del Estado democrático. La Constitución lo consagra en su artículo segundo, inciso veinticuatro, literal d), con el siguiente tenor: "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley" (subrayado nuestro). Sobre esta base, el Tribunal Constitucional, en el Expediente número cero cero uno cero- dos mil dos-AI/TC, ha establecido que el principio de legalidad exige no sólo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en la ley, prohibiéndose tanto la aplicación por analogía, como también el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones. A partir de esta consideración del principio de legalidad y sus implicancias en la estructuración del derecho penal moderno, este Tribunal también ha establecido, en el Expediente número dos cero cinco cero-dos mil dos -AA/TC: "[...] que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el Derecho administrativo sancionador [...]". (f.j.n.º 8). [...] El subprincipio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o, administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean estas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal.

Principio de legalidad: alcances

Octavo. Que, acorde a lo expuesto, atendiendo a la imputación formulada por el ente persecutor en su acusación antes anotada, debemos relievar que el principio de imputación necesaria constituye "*... una manifestación del principio de legalidad y del principio de defensa procesal*", que obliga a que desde la fase de instrucción con motivo de la formalización de la denuncia fiscal y auto de instrucción, los cargos deben ser y estar debidamente precisados. La doctrina ha señalado que la

acusación "es el *medio procesal mediante el cual se informa a una persona, imputado, que como resultado de una investigación, se tiene suficiente evidencia para considerarlo posible responsable de un hecho punible, y que se solicitará a un juez* (o un jurado) *que así lo declare*"—Véase, BERNAL CUÉLLAR, Jaime y Eduardo MONTENEGRO LYNETT, *El Proceso Penal*, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 199—.

Asimismo, un requisito esencial de dicho acto procesal lo constituye la *descripción precisa* de la acción u omisión punible y las circunstancias que determinen la responsabilidad; que, aun cuando la norma no haya hecho referencia expresa a dicha exigencia, esto constituye una derivación del principio de imputación necesaria, y que inclusive ha sido materia de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional en los expedientes números tres mil trescientos noventa y seis guión dos mil cinco guión PHC/TC y el ocho mil ciento veintitrés guión dos mil cinco guión PHC/TC. Que, este precepto a su vez permite un adecuado ejercicio del derecho de, defensa del justiciable, pues de lo que se trata es que pueda contar con *"una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamentan"*.

Principio de imputación necesaria

Noveno. Que, siendo ello así, el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, prevé el delito colusión, este tipo legal está regulado en la Sección Segunda "Concusión" del Capítulo Segundo "Delitos cometidos por funcionario públicos" del Título XVIII "Delitos contra la Administración pública" del Libro Segundo "Parte Especial-Delitos" del Código Penal, el cual prescribe que: *"El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado* [...], *concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros,* será *reprimido...*".

Colusión: características fundamentales

Entre las características fundamentales que definen la naturaleza jurídica y funcionalidad procesal del delito de colusión identificamos: **i)** Que, es un delito especial propio. El círculo de autores es restringido. Solo pueden ser sujetos activos del mismo los funcionarios públicos que actúen en razón de su cargo o por comisión especial. El tipo legal exige una relación funciona específica; el funcionario público ha de tener facultades para intervenir, por cuenta del Estado, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subasta o cualquier otra operación semejante, y ha de utilizar ese nexo funcional para delinquir. En consecuencia, no resulta plausible la instauración de procesos penales bajo proposiciones tácticas circunscritas a la mera constatación

Delito especial propio

de irregularidades administrativas sin que responda o constituya la exteriorización del núcleo típico del delito de colusión desleal; y **ii)** el hecho punible de colusión es un delito de participación necesaria —concretamente de encuentro—, que requiere de la intervención de un particular o *extraneus*. Esta demanda que el agente público —el intraneus— se ponga ilícitamente de acuerdo con las partes implicadas en un contrato o acto —los interesados— que se quiere celebrar o que se ha celebrado en perjuicio de los intereses de la Administración pública —ambos sujetos apuntan a una misma finalidad típica—. El carácter fraudulento del acuerdo colusorio reside, pues, en la privatización de la actividad funcional que realiza el funcionario público que, como tal, debe tender a representar y cautelar los intereses de la Administración pública y no, por el contrario, a beneficiar a los particulares [Reyna Alfaro, Luis Miguel, "Estructura típica del delito de colusión" en *Actualidad Jurídica*, n.º 130, 2004, p. 69]; en este orden de ideas, resulta cuestionable se acuse por el delito *sub examine*, sin la respectiva fijación de la base táctica que dé cuenta de la convergencia entre el sujeto particular y el funcionario público.

Delito de participación necesaria

Décimo. Que, establecido lo anterior, debemos destacar que la pretensión punitiva plasmada en la acusación escrita de fojas tres mil seiscientos ochenta y siete, presenta una genérica descripción de los hechos sin dar respuesta de los comportamientos típicos convergentes en las que habrían incurrido cada uno de los acusados en la verificación del núcleo duro de la imputación, esto es, la concertación, requisito *sine qua non* para el juicio de subsunción de los "comportamientos" al tipo penal del delito de colusión desleal; acorde a ello, dicha tentativa inconexa de subsumir los hechos, por el ente persecutor, contraviene el principio de legalidad penal regulado en el artículo segundo, inciso veinticuatro, literal "d" de la Constitución Política del Perú, según la cual "nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley"; en concreto, al aplicar un tipo penal, en los supuestos en que el juez penal se aparte del tenor literal del precepto, o cuando la aplicación de un determinado precepto obedezca a pautas interpretativas manifiestamente extravagantes o irrazonables, incompatibles con el ordenamiento constitucional y su sistema material de valores.

Décimo primero. Que, en consecuencia, se contravino lo estipulado en el inciso quinto del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado —concordante con el artículo doscientos ochenta y cinco del Código de Procedimientos Penales— al no haber cumplido con expresar la debida motivación del contenido de su decisión jurisdiccional, incurriendo de este modo en la causal de nulidad prevista

por el inciso primero del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales.

Décimo segundo. Que, en consecuencia, de conformidad con el artículo doscientos noventa y nueve del Código de Procedimientos Penales, resulta imperativo que las irregularidades advertidas en los considerandos precedentes sean subsanadas en uh nuevo juicio llevado a cabo por distinto Colegiado, previo a la emisión de un dictamen acusatorio acorde al principio de imputación necesaria, a fin de resolver el caso conforme a derecho.

Décimo tercero: Que, siendo ello así, es menester declarar, además la insubsistencia de la acusación fiscal antes anotada, a fin de que se reformule la pretensión punitiva, observando lo expuesto precedentemente. Finalmente, atendiendo a lo citado, y a la necesidad de reformular la pretensión punitiva desde sus inicios la medida coercitiva de naturaleza personal es la decretada en el auto apertorio de instrucción de fecha diecisiete de marzo del dos mil seis, obrante a fojas dos mil ochenta y uno.

DECISIÓN

Por estos fundamentos: declararon: **NULA** la sentencia de fecha treinta de junio del dos mil diez de fojas cuatro mil cuatrocientos treinta y seis que condenó a Oscar Saturnino Yupanqui Huaraca, como autor del delito contra la Administración pública —Colusión Desleal—, en agravio del Estado-Ministerio de Salud, a seis años de pena privativa de libertad efectiva, condenó a María Luz Vega Eugenio, Freddy Liborio Vega Eugenio y Serafín Samuel Blanco Campos, como cómplices primarios del delito contra la Administración pública —Colusión Desleal—, en agravio del Estado-Ministerio de Salud, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de tres años y fijó en cien mil soles, la suma que por concepto de reparación civil deberán abonar los sentenciados de manera solidaria, a favor de la entidad agraviada; e **INSUBSISTENTE** el dictamen fiscal acusatorio, debiendo remitirse a la Fiscalía Superior para que delimite los cargos respecto de cada uno de los procesados; y estando a que el encausado Oscar Saturnino Yupanqui Huaraca viene sufriendo carcelería **ORDENARON** su inmediata libertad, siempre y cuando no exista en su contra otro mandato de detención emanado por autoridad competente; **OFICIÁNDOSE** vía fax con tal fin a la Segunda Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, para los fines consiguientes, y **DISPUSIERON** que se lleve a cabo nuevo juicio oral por otro Colegiado Superior, observando lo dispuesto *ut supra*; y los devolvieron.

Interviene el señor juez supremo Calderón Castillo por licencia del señor juez supremo Santa María Morillo

S.S.

RODRÍGUEZ TINEO /BARRIOS ALVARADO /**BARANDIARÁN DEMPWOLF** /NEYRA FLORES / CALDERÓN CASTILLO

2.
RECURSO DE NULIDAD N.º 615-2015-LIMA
EL SUJETO ACTIVO EN EL DELITO DE PECULADO

Recurso de Nulidad	**N.º 615-2015-Lima**
Fecha	16.08.16
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponente	Josúe Pariona Pastrana
Tema	El sujeto activo en el delito de peculado
Jurisprudencia relevante	ff. jj. n.ºs II y III
Concordancia	Código Penal: art. 387

SUMILLA:
El tipo penal de peculado hace referencia a un funcionario público no in abstracto, sino contextualizado a un segmento concreto de la función pública "por razón de su cargo"; es decir, para que opere el comportamiento típico de apropiarse o utilizar, los bienes públicos objeto del delito deben encontrarse en posesión [inmediata o mediata] del sujeto activo y ello en virtud a los deberes o atribuciones del cargo que ostenta al interior de la administración estatal. Debe tener, por tanto, competencia funcional especifica. Par lo que, si dicha relación funcionarial de estricta base jurídica entre el sujeto activo y bien público que posee no existe, no se configura el delito de peculado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N.º 615-2015
LIMA

Lima, dieciséis de agosto de dos mil dieciséis

VISTOS; La causa penal seguida contra Alberto Fujimori Fujimori y los recursos impugnatorios interpuestos por:

El procesado contra la sentencia del ocho de enero del dos mil quince —fojas once mil treinta y tres— que lo condenó como autor de la comisión del delito contra la Administración pública, en la modalidad de peculado doloso, a ocho años de pena privativa de libertad efectiva y a la pena de inhabilitación por el término de tres años, de conformidad con el inciso dos del artículo treinta y seis del Código penal.

La parte civil, representado por la Procuraduría Especializada en delitos de corrupción, en el extremo que impuso tres millones de soles por concepto de reparación civil, que deberá abonar en forma solidaria con los demás condenados en la causa 30-2001/1SPE/CSJL, favor del Estado.

Interviene como ponente el señor juez supremo Pariona Pastrana, y emitiendo pronunciamiento con lo expuesto por el señor fiscal adjunto supremo en lo Penal; y,

CONSIDERANDO

I. ANTECEDENTES

1.1. Imputación contra el encausado Alberto Fujimori Fujimori

Conforme la acusación fiscal —fojas cinco mil seiscientos treinta y nueve, ampliada a fojas cinco mil setecientos ocho— se imputa al encausado Alberto Fujimori Fujimori, en su condición de ex presidente de la República, haber ordenado, entre los años 1998-2000, sin ningún sustento legal, el desvío de fondos de la Fuerza Aérea del Perú y del Ejército Peruano al Servicio de Inteligencia Nacional-SIN por un monto de S/ 122'000.000.00 (ciento veintidós millones de soles), bajo la denominación de "Gastos Reservados", que fueron utilizados para comprar los titulares de los denominados "Diarios Chicha", para su campaña de reelección presidencial del período 2000-2005, con los que manipuló a la opinión pública, denostando a sus adversarios políticos.

1.2. Agravios planteados por las partes impugnantes

1.2.1. Agravios de la defensa del encausado Fujimori Fujimori

La defensa técnica del encausado Fujimori Fujimori fundamenta su recurso de nulidad —fojas once mil ochenta—, alegando que este Tribunal Supremo debe declarar alternativamente la absolución de la acusación o la actuación de un nuevo juicio oral por otro Tribunal, *contrario sensu* la reducción de la pena y la reparación civil; a estos efectos invoca:

a) Causal de nulidad por vulneración al principio de legalidad, pues: **i)** La conducta del encausado Fujimori Fujimori no se subsume en los presupuestos objetivos del delito de peculado, toda vez que no poseía vinculación funcional "por razón de su cargo" de la administración o custodia de caudales o efectos del Estado; y, **ii)** el encausado Fujimori Fujimori no tenía atribución jurídica para efectuar actos de disposición de los fondos que obran en los Institutos Armados, pues dicha disponibilidad y administración le corresponde a los generales competentes; y, por razón de su función, a los generales de la Fuerza Aérea del Perú y del Ejército Peruano, y en el caso del SIN al jefe del Servicio de Inteligencia Nacional.

b) Causal de nulidad por afectación al debido proceso, toda vez que: **i)** Al encausado Fujimori Fujimori se le condenó por hechos ajenos a la acusación fiscal, pues se le imputó una conducta omisiva [omitió cautelar los fondos públicos que normativamente estaban bajo su control] que no fue materia de acusación fiscal, ya que solo se le atribuyó ser autor de peculado por haber realizado una acción o conducta positiva de "ordenar", hecho que vulnera el principio acusatorio y el derecho de defensa; **ii)** falta de motivación de sentencia, pues no se analiza si el encausado ordenó que los fondos desviados al SIN sean utilizados en su campaña de reelección presidencial comprando los denominados "Diarios Chicha", y falta de justificación de las premisas "activa participación en las actividades del SIN" por parte del procesado y su "presencia casi permanente en sus instalaciones"; y, **iii)** vulneración del derecho a probar, pues se omitió valorar la transcripción del video N.º 1792, donde se observa que el encausado Fujimori Fujimori desconocía de los hechos investigados en el presente proceso.

b) Para la determinación de la pena se debe merituar que el encausado Fujimori Fujimori carecía de antecedentes penales, lo que permite una reducción de pena, y para la reparación civil se debe considerar los cuestionamientos efectuados a las pericias contables actuadas en el proceso.

1.2.2. Agravios planteados por la parte civil

El Procurador Público Especializado en Delitos de corrupción fundamenta su recurso de nulidad —fojas once mil sesenta y nueve—, en el extremo de la reparación civil, solicitando se le imponga al procesado el pago de tres millones de soles, argumentando que:

a) El monto de reparación civil debe elevarse prudencialmente tomando como referencia que el perjuicio ocasionado al Estado asciende a S/. 122, 000.000.00 (ciento veintidós millones de soles).

b) No es adecuado el pago que en forma solidaria deberá abonar ocurrente con los demás condenados, toda vez que este proceso es autónomo e independiente del caso N.º 30-2001 "caso Madre", en el que se condenó a sus coprocesados Vladimiro Montesinos y otros; por lo que, la reparación civil que deberá pagar el condenado debe ser a título personal.

Cabe precisar, que el 28 de junio del 2016 se llevó a cabo la vista de la causa ante este Supremo Tribunal, en la cual informaron oralmente:

> - **La defensa del acusado:** El abogado William Castillo Dávila, quien si bien en su recurso impugnativo escrito plantea pretensiones alternativas [su pretensión principal está dirigida a la absolución de su patrocinado por no encontrarse acreditada la responsabilidad penal por el delito que se le imputa; y, su pretensión subordinada está dirigida a la realización de un nuevo juicio oral por otro Tribunal, o en su defecto una reducción de la pena y reparación

civil]; sin embargo, en acto de informe oral dejó subsistente su pretensión principal (absolución) desistiéndose de las demás.

- **Por la parte civil:** el abogado Gino Gutiérrez Anclas, representante de la Procuraduría Anticorrupción quien reprodujo sus pretensiones resarcitorias.

- **El representante del Ministerio Público:** no asistió a informar oralmente, dejándose constancia en Relatoría.

1.2. Del desarrollo del proceso

Conforme se advierte a fojas cuatro mil setecientos noventa y nueve, la Sexta Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de corrupción de funcionarios, mediante dictamen N.º 41- 2006, del veintiséis de diciembre del dos mil seis, **inició investigación preliminar** contra el ex presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori, por la presunta comisión del delito de peculado, en virtud a las copias certificadas de la resolución del veintiséis de enero del dos mil cinco, [Véase sentencia del Exp. 30-2001, denominado "caso Madre", obrante a fojas uno a ciento noventa y tres] remitidas por la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, que condenó a Vladimiro Montesinos Torres, Elesván Bello Vásquez y José Guillermo Villanueva Ruesta, por delito contra la tranquilidad pública-asociación ilícita para delinquir, en agravio del Estado; así como, a Vladimiro Montesinos Torres, Elesván Bello Vásquez, José Guillermo Villanueva Ruesta, Humberto Guido Rozas Bonuccelli, Wilbert Ramos Viera, Alejandro Eulogio Estenos Sepúlveda, Fernando Luis Oliveri Agurto, Pablo Miguel Document Silva, José Luis Olaya Correa, Edgar Hugo Camargo Camacho, Moisés Wolfenson Woloc, por delito contra la Administración pública-peculado, en agravio del Estado, que fue confirmada por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema —véase R. N. N.º 1205-2005 del dos de marzo del dos mil seis, de fojas doscientos treinta y nueve—.

En mérito a ello, mediante Dictamen 41-2008, del veintiséis de marzo del dos mil ocho —fojas cinco mil cuarenta y siete—, la Sexta Fiscalía Provincial Penal Especializada en delitos de corrupción de funcionarios, **formalizó denuncia penal** contra Alberto Kenya Fujimori o Alberto Fujimori Fujimori por delito contra la Administración pública-peculado, en agravio del Estado.

Mediante resolución del seis de abril del dos mil nueve —fojas cinco mil cincuenta y uno—, el Quinto Juzgado Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró no haber mérito para abrir instrucción vía ordinaria contra Alberto Kenya Fujimori o Alberto Fujimori Fujimori, por la presunta comisión del delito contra la Administración pública-peculado, en agravio del Estado, fundamentado su resolución en la falta de relación funcional entre el sujeto activo [encausado Fujimori Fujimori] y los caudales o efectos estatales, no vinculados a su ámbito de competencia [ver parte *in fine* del fundamento cuarto]. Dicha resolución fue

impugnada por el representante del Ministerio Público —fojas cinco mil setenta y cinco— y la Procuraduría Pública *ad-hoc* —fojas cinco mil setenta y siete—, siendo resuelta por la Tercera Sala Penal Especial, mediante resolución del veintidós de enero del dos mil diez —fojas cinco mil ciento trece— que revocó el citado auto y reformándola dispusieron se proceda a abrir proceso penal, fundamentando su decisión bajo el amparo del artículo 118, numeral 17, de la Constitución Política del Estado, que regula como función del presidente de la República la administración de la hacienda pública, lo que da sustento a la relación funcional y al delito de peculado atribuido [ver fundamento veinticinco].

En virtud a la resolución citada, el Cuarto Juzgado Penal Especial de la Corte Superior de Lima mediante resolución del seis de abril del dos mil diez —fojas cinco mil ciento veinticinco—, **abrió instrucción vía ordinaria** contra Alberto Kenya Fujimori o Alberto Fujimori Fujimori, en calidad de autor por la presunta comisión del delito contra la Administración pública-peculado, en agravio del Estado, dictándose mandato de detención, habiéndose suspendido la ejecución de la medida coercitiva impuesta al imputado Fujimori Fujimori a resultas del pedido de ampliación de extradición formulado el dieciséis de abril del dos mil diez y su concesión, de fojas cinco mil ciento cuarenta y cuatro y cinco mil seiscientos doce respectivamente. Asimismo, por resolución del dieciséis de abril del dos mil diez resolvió integrar el auto de apertura de instrucción a fin de tener por sus nombres correctos al procesado Alberto Fujimori Fujimori.

Es de precisar que el representante del Ministerio Público, en su **Dictamen Acusatorio** N.º 20- 2012 del once de marzo del dos mil trece —fojas cinco mil seiscientos treinta y nueve—, formuló acusación contra Alberto Fujimori Fujimori como autor del delito contra la Administración pública-peculado en agravio del Estado, solicitando se le imponga ocho años de pena privativa de libertad y tres años de pena de inhabilitación, así como al pago de tres millones de soles por concepto de reparación civil. Este dictamen acusatorio fue observado por la Cuarta Sala Penal Liquidadora, mediante resolución del siete de mayo del dos mil trece —fojas cinco mil setecientos tres— disponiendo su subsanación en el extremo que "*no se desarrolla el contenido de la relación funcional en la conducta del procesado* [...]". Siendo subsanado mediante dictamen N.º 47-13 del veintiocho de mayo del dos mil trece —fojas cinco mil setecientos ocho—, donde el representante del Ministerio Público señaló que la observación efectuada por la Sala Superior se halla detallada en el análisis táctico del dictamen acusatorio, precisándose que la Sala Superior en mérito a sus facultades, podrá pronunciarse al respecto, reproduciendo el dictamen N.º 20-2012.

El juicio oral se inició el diecisiete de octubre del dos mil trece, desarrollándose en sesiones continuadas —cincuenta y nueve sesiones—.

El trámite de deliberación de carácter secreto se efectuó oportunamente con los resultados que arroja la sentencia materia de grado, cuya lectura se efectuó en la sesión sexagésima.

El Tribunal Penal Superior estimó que al haberse acreditado la responsabilidad penal del imputado Alberto Fujimori Fujimori correspondía emitir una **sentencia condenatoria,** condenándolo como autor del delito contra la Administración pública-peculado doloso, a ocho años de pena privativa de libertad efectiva; imponiéndole la pena de inhabilitación por el término de tres años, de conformidad con el inciso dos del artículo treinta y seis del Código penal; y el pago de tres millones de soles por concepto de reparación civil, que deberá abonar en forma solidaria con los demás condenados en la causa 30-2001 1SPE/CSJL, a favor del Estado.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

2.1. Presupuestos normativos a tener en cuenta en el contexto de un debido proceso

2.1.1. El delito de peculado

Peculado doloso simple

El artículo 387 del Código Penal vigente, tipifica el delito de peculado, señalando 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* [...] *"*.

Delito especial de infracción del deber

En doctrina se ha establecido que el delito de peculado constituye un delito especial de infracción de deber fundamentado en instituciones positiva[1]. Es delito especial porque típicamente restringe los contornos de la autoría a determinados sujetos cualificados —en este caso, de funcionarios y servidores públicos—, pero, al mismo tiempo, se trata de un delito de infracción de deber porque el fundamento de la responsabilidad penal a título de autor reside en el quebrantamiento de un deber positivo asegurado institucionalmente[2]. En este sentido, en esta clase de delito rige el principio de autor único, por el cual el quebrantamiento de un deber institucional, o de una competencia institucional funcionarial concreta, se ha realizado mediante acción u omisión, o bien mediante aportes que desde un punto de vista táctico pudieran admitir la posibilidad de una graduación y diferenciación, pues el obligado especial responde siempre como autor único de un

1 *Vid.* Reaño Peschiera, José Leandro. *La administración de caudales por delegación de competencias funcionariales.* En *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales.* n.º 4, Lima, Grijley, 2003, p .351.

2 Ibidem.

delito de infracción de deber, con independencia de la diferenciación fenomenológica de las clases de autoría o participación, que más bien pertenecen a la clasificación de los delitos de dominio o de una competencia por organización[3].

Principio de autor único

Bajo esta perspectiva, se desarrollará dogmáticamente los presupuestos típicos que exige la autoría delictiva del funcionario público para la configuración del delito de peculado, a fin de salvaguardar el principio de legalidad y las reglas contenidas en el Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116, su fecha treinta de setiembre del dos mil cinco.

2.1.1.1. El sujeto activo en el delito de peculado: En este ilícito el sujeto activo es el funcionario o servidor público que reúne las características de relación funcional exigidas por el tipo penal, es decir, quien por el cargo que desarrolla al interior de la administración tiene bajo su poder o ámbito de vigilancia (directo o funcional), en percepción, custodia o administración los caudales o efectos de los que se apropia o utiliza para sí o para otro[4].

Sujeto activo

La relación funcional que posee el sujeto activo del delito de peculado con el patrimonio público es el elemento normativo nuclear que vincula la conducta del funcionario público con el sentido de relevancia penal de la tipicidad del delito de peculado. En esa línea, la vinculación funcional sirve para restringir o limitar el círculo de autores, circunscribiéndolo solo a aquellos que posean los caudales o efectos públicos por razón del cargo que desempeñan, excluyendo la hipótesis de autoría a los que no gozan o no tienen tal relación funcional.

Relación funcional

2.1.1.2. La conducta *típica:* La apropiación o la utilización, son los dos supuestos que utiliza la norma penal para definir los comportamientos típicos del sujeto activo en el delito de peculado, las mismas que deben contener elementos para su configuración, tales como: **a)** Existencia de una relación funcional "por razón del cargo"; **b)** La percepción, administración o custodia; **c)** La apropiación o utilización; **d)** Destinatario, para sí o para otro; y, **e)** Los caudales o efectos.

Elementos típicos del peculado

a) Existencia de una relación funcional "por razón de su cargo"

Prima facie debemos mencionar que no todo funcionario público —por su sola condición— podrá ser sujeto activo del delito de peculado. El

3 *Vid.* Caro John, José Antonio. *El funcionario público como autor de un delito de infracción de deber.* En consejo *Nacional de la Magistratura (ed.). Balance y Desafíos a 20 años de funcionamiento. Lima, 2015, pp.194-195.*

4 *Vid.* Rojas Vargas, Fidel. *Delitos contra la Administración pública*, Grijley, Lima 2007, p. 480.

tipo normativo de peculado hace referencia claramente a un funcionario público no *in abstracto*, sino contextualizado a un segmento concreto de la función pública "por razón de su cargo"; es decir, para que opere el comportamiento típico de *apropiarse o utilizar*, los bienes públicos [caudales o efectos] objeto del delito deben encontrarse en **posesión** [mediata o inmediata] del sujeto activo y ello en virtud a los deberes o atribuciones del cargo que ostenta al interior de la administración estatal. Por lo que, si dicha relación funcionarial de estricta base jurídica entre el sujeto activo y bien público que posee no existe, no podrá hablarse del delito de peculado.

Relación funcional entre el sujeto activo y el bien público

Ahora bien, la posesión [bajo cualquiera de las tres formas que la norma exige de poseer: percepción, administración o custodia] de los caudales o efectos de la que goza el funcionario o servidor debe basarse en el ámbito de competencia del cargo, determinado o establecido en la ley o normas jurídicas de menor jerarquía (reglamentos, directivas, entre otros). Dicha posesión puede ser inmediata o mediata, es decir, estar en contacto con los caudales y efectos, o darla por asumida, bastando solamente la facultad de disposición jurídica o disposición funcional[5]. En esa misma línea, el Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116, del treinta de setiembre del dos mil cinco, ha dejado en claro que 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 [Véase fundamento sexto del Acuerdo Plenario en mención].

Caudales y efectos bajo posesión: disponibilidad jurídica

b) La percepción, administración y custodia

Conforme se ha referido en el párrafo anterior para configurarse el injusto de peculado resulta necesario que el agente esté en vinculación directa o indirecta con los bienes públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiadas en razón del cargo que desempeña, conforme se detalla a continuación:

> **1. *Percepción.*** Hace referencia a la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita (del tesoro público, de particulares, donaciones,

5 *Vid.* BERNAL PINZÓN, Jesús. *Delitos contra la Administración pública y asociación para delinquir*, Temis, Bogotá, 1965, p.23.

etc.) y que ingresan o pasan a integrar al patrimonio estatal en calidad de bienes públicos.

2. *Administración.* Implica la facultad de disponer de los bienes públicos para aplicarlos a las finalidades legalmente determinadas. La administración de los caudales públicos por parte del autor tiene implícita la vinculación funcional, comprendiendo tanto relaciones directas o mediatas con el caudal, por las que sin necesidad de entrar en contacto con los bienes puede el funcionario público disponer de ellos en razón de ser el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego[6].

3. *Custodia.* Implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.

Deber de garante del funcionario

En virtud a estas formas de posesión que el tipo penal ha establecido, el funcionario o servidor tiene que desarrollar funciones de control, conducción y vigilancia (deber de garante), en razón de las obligaciones inherentes a su cargo sobre los bienes públicos.

c) La "apropiación o utilización"

No puede haber apropiación o utilización propia de peculado si no hay relación funcional entre el sujeto activo y el patrimonio público. Sobre esta base se articulan las modalidades delictivas de comisión estipuladas en esta figura penal.

La *apropiación* consiste en hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolos de la esfera de la función de la Administración pública y colocándose en situación de disponer de los mismos —el agente activo realiza actos de disposición como si fuera el dueño del bien, esto es, determinado por el *animus domine:* ejerce sobre él actos de dominio inconfundibles que justifica su tenencia—[7].

La *utilización* estriba en que el agente se aprovecha de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero.

6 *Vid.* Rojas Vargas, Fidel, ob. cit., p.489.

7 *Vid.* Gómez Méndez, Alfonso y Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. *Delitos contra la Administración pública.*

d) El destinatario "para sí o para otro"

El destinatario, en el supuesto "para sí", actúa por cuenta propia, apropiándose de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros.

El destinatario "Para otro"

En el supuesto "para otro" el agente activo realiza un acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero.

e) Los "caudales o efectos"

Los "caudales" 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.

Caudales y efectos

2.1.2. El delito de peculado como delito de infracción de un deber

El delito de peculado al ser catalogado como un delito de infracción de deber, solo admite la autoría directa o personal, excluyéndose las otras dos formas de autoría (coautoría y autoría mediata), en correspondencia con su naturaleza de delito de infracción de un deber institucional personalísimo[8].

Solo se admite autoría directa

La no admisibilidad de la coautoría se explica en doctrina, en que "esta forma de autoría presupone el mismo criterio de imputación para todos los coautores, mientras que la lesión del deber es totalmente personal e independiente. No puede haber coautoría ni cuando los intervinientes son *intranei*, ni cuando un *intraneus* y otro *extraneus* llevan a cabo conjuntamente el hecho típico"[9]. Por tanto, el denominado reparto de funciones o roles, que usualmente caracteriza la coautoría, solo es aplicable en los delitos de dominio o de competencia por organización. Mientras que para el caso de los delitos de infracción de deber, la vinculación directa del funcionario con el deber institucional, que es altamente personal, basta la mera vinculación funcional para fundamentar directamente una autoría única.

Inadmisibilidad de la coautoría

En la autoría mediata ocurre algo similar, "donde tampoco existe una lesión común del deber entre el hombre de delante y el hombre de atrás. En principio, lo que vale para la coautoría no tiene por qué ser diferente para la autoría mediata. Que el hombre de adelante sea un *extraneus* y

8 Cfr. Sánchez-Vera Gómez, Trelles. *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 183 y ss.

9 *Vid.* Caro John, José Antonio. *Autoría y participación: los grados de intervención delictiva.* En revista el *Derecho Penal y procesal penal hoy*, n.º 8, Contexto, Chaco, 2013, p.283.

el hombre de detrás un *intraneus,* o viceversa, no cambia nada"[10]. La posición que ocupe en el hecho sea como hombre de adelante o como hombre de atrás es irrelevante, pues basta que el actuante esté sujeto a una relación directa con el deber institucional, y que lo infrinja, para convertirse en autor único.

Inadmisibilidad de la autoría mediata

III. ANALISIS JURUÍDICO-FÁCTICO DEL CASO CONCRETO

3.1. Incriminación concreta

Como se ha mencionado se le atribuye al encausado Alberto Fujimori Fujimori, en su condición de ex presidente de la República, haber ordenado, entre los años 1998-2000, sin ningún sustento legal, el desvío de fondos de la Fuerza Aérea del Perú y del Ejército Peruano al Servicio de Inteligencia Nacional-SIN por un monto de S/122,000.000.00 (ciento veintidós millones de soles), bajo la denominación de "Gastos Reservados", que fueron utilizados para comprar los titulares de los denominados "Diarios Chicha", para su campaña de reelección presidencial del período 2000-2005, con los que manipuló a la opinión pública, denostando a sus adversarios políticos.

De este marco de imputación genérica, la sentencia de primera instancia en su considerando **Quinto, [5.3. p. 37 de la Sentencia de primera instancia]**[11]concretizó la imputación en el análisis de dos hechos controvertidos: **I)** Si el encausado Fujimori Fujimori, en su calidad de presidente de la República en la fecha de los hechos, puede tener la calidad de sujeto activo del delito de peculado; y, **II)** Si el encausado ordenó o tuvo conocimiento del desvío de fondos públicos provenientes de la Dirección de inteligencia de la FAP y de la Dirección de Inteligencia del Ejército hacia el Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) —fondos reservados—, para ser utilizado en su campaña de reelección, específicamente, para el pago de los denominados "Diarios Chicha".

En esa línea, como primer plano, la sentencia recurrida analizó si el encausado Fujimori Fujimori tenía la calidad de sujeto activo del delito de peculado, esto es, si concurrió en el encausado una relación funcional con los caudales que fueron objeto material del delito, es decir, si en su condición de presidente de la República (funcionario público de más alto nivel del Estado), tenía disponibilidad jurídica sobre estos caudales; y, si esa relación funcional determinaba un deber especial

10 *Vid.* ROXIN. *Täterschatt und tatherrschaft,* 1963, p.360. Citado por CARO JOHN, ob., cit., p.284.

11 Véase fojas 11051.Tomo 23.

positivizado respecto de los mismos. El Colegiado Superior arribó a la conclusión que:

> "*Está determinado la relación funcional del encausado Fujimori Fujimori en la conducción y el control de su presupuesto*, pues lo primero quedó patentizado con la designación de Vladimiro Montesinos Torres en el cargo de confianza de asesor II del Gabinete de Asesores de la Alta Dirección del SIN, que de manera personal realizó el acusado Alberto Fujimori con fecha 2 de agosto de 1996, mediante la Resolución Suprema N.º 279-96-PCM, que corre autenticada a fojas 10141 [...]; y lo segundo, está acreditado con su responsabilidad directa en el control del presupuesto del Servicio de Inteligencia Nacional destinado al Régimen de Ejecución Especial —gastos de carácter reservado o secreto— que fue objeto de la apropiación; competencia funcional que también ejerció como se desprende de las Resoluciones Supremas que expidió [justificación de gastos reservados] obrante a copias autenticadas de fojas 6540 a 6554, correspondiente a los meses de agosto del año 1999 a setiembre del 2000". [Véase considerando Quinto, apartado 5.4.p. 42 de la Sentencia de primera instancia]

Vinculación funcional en el sector parcial social

En ese sentido, este Supremo Tribunal, a fin de absolver el grado verificará en el caso concreto si se cumplieron o no, los elementos configurativos del delito de peculado, esto es, si el encausado Fujimori Fujimori, en su condición de ex presidente de la República, tenía la relación funcional y disponibilidad jurídica sobre los fondos públicos asignados al SIN —fondos del régimen de ejecución especial [gastos reservados] que fue objeto de apropiación— a fin de comprar los titulares de los denominados "Diarios Chicha" para su campaña de reelección presidencial del período 2000-2005.

Reglamentación interna como indicador normativo

3.2. De la no configuración de los presupuestos típicos del delito de peculado atribuido al encausado Fujimori Fujimori

Como ha quedado establecido, para atribuir responsabilidad penal de peculado a un funcionario o servidor público se tiene que demostrar su *vinculación funcional "por razón de su cargo"* respecto a la administración o custodia de los caudales públicos. Este componente normativo de la vinculación funcional tiene que ser verificado en el sector parcial social donde se desenvuelve la conducta del autor por las normas que se regulan en dicho segmento —ley de la materia, ROF, MOF, etc.—; en otras palabras, el tipo normativo de peculado hace referencia claramente a un

funcionario público no *in abstracto*, sino contextualizado a un segmento concreto de la función pública "por razón de su cargo"; es decir para que opere el comportamiento típico de *apropiarse o utilizar;* los bienes objeto del delito deben encontrarse en posesión del sujeto activo, en virtud a los deberes o atribuciones de su cargo. Por lo tanto, si dicha vinculación funcionaría de estricta base jurídica entre el sujeto activo y bien público que posee no existe, no podrá hablarse del delito de peculado.

En ese sentido, la reglamentación interna del sector se erige como un indicador normativo de las competencias propias pertenecientes al estatus especial en la estructura funcionarial. En primer orden, no todos son competentes de todo, solo se es responsable por la incorrecta administración personal de su ámbito de competencia. Es decir, cada funcionario responde por el deber especial que tiene determinado su ámbito de organización conforme lo establece el Reglamento de Organización y Funciones —ROF— y Manual de Organización y Funciones —MOF—, y no por todo aquello que acontece, ni por actuaciones inadecuadas de otros funcionarios o servidores.

En el presente caso, si bien el inciso 17 del artículo 118 de la Constitución Política del Estado, establece como una atribución del Presidente de la República el **"administrar la Hacienda Pública"**[12]; sin embargo, esta se trata de una atribución genérica de naturaleza política y representativa, la misma que se concreta desarrollando el programa normativo de protección en el Código Penal. Es así que el artículo 387 del Código en mención al referirse al elemento normativo "administración o custodia [que] le estén confiados en razón de su cargo", precisa que solo a efectos jurídicos penales tendrá responsabilidad quien de manera concreta se aparta de esta expectativa normativa. Además, para identificar e individualizar con precisión la naturaleza jurídica del cargo, o mejor dicho, el ámbito de competencia funcionarial, se debe recurrir a las normas del sector—en este caso el Servicio de Inteligencia Nacional— donde presuntamente se desenvolvió el actuar ilícito del agente, toda vez que serán estas disposiciones —ROF y MOF del SIN— las que determinarán de modo normativo la vinculación funcional del sujeto competente respecto de la administración o custodia de los caudales públicos, objeto de apropiación para la compra de los titulares de los denominados "Diarios Chicha".

Identificación del ámbito de competencia funcionarial

12 Sobre la naturaleza política y representativa que ejerce el presidente de la República, véase Borea Odría, Alberto. *Manual de la Constitución*, Fondo Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2016, p. 801. Señala que el presidente de la República es elegido para que dirija los destinados de la Nación, para que lo oriente y loe de dirección política. *También es función de él dirigir la administración de la República pero no puede estimarse que debe estar al tanto de cada papel que se mueve o cada autorización que se otorga.*

De manera específica, el Decreto Ley N.º 25635 "Ley del Sistema de Inteligencia Nacional"[13], el Reglamento de Organización y Funciones —ROF[14] y el Manual de Organización y Funciones— MOF[15], vigente al tiempo de los hechos en el SIN, permitirán determinar si al encausado Fujimori Fujimori le competía funcionalmente la administración o custodia del presupuesto de esta Institución, específicamente de los fondos públicos del régimen de ejecución especial (gastos reservados) que fue objeto de apropiación.

Bajo esta línea de análisis, si bien la Ley del Sistema de Inteligencia Nacional establece que el Servicio de Inteligencia Nacional depende directamente del presidente de la República y le corresponde cumplir aquellas funciones compatibles con su naturaleza, sin embargo esta facultad también es genérica, representativa y nada informa respecto al vínculo funcional de administración y custodia de los fondos públicos del SIN.

Por el contrario, de la referida ley [Decreto Ley N.º 25635] se desprende que el jefe del SIN es la máxima autoridad del Sistema de Inteligencia Nacional, encargado de dirigirlo y representarlo. Además, como Órgano Central del Sistema de Inteligencia Nacional constituye un sector presupuestario, cuyo titular del pliego es el Jefe de Servicio de Inteligencia[16], más aún si este aprueba el presupuesto del sector.

En este sentido, el Reglamento de Organización y Funciones-ROF, determina específicamente a la Oficina Técnica de Administración como el órgano competente para la ejecución presupuestal, además de conducir la contabilidad y tesorería del SIN. Asimismo, establece dentro de sus funciones intervenir en el proceso de formulación del presupuesto del SIN y programar, dirigir, coordinar y controlar los pagos del SIN[17].

Se desprende de los párrafos precedentes que el competente funcional "por razón de su cargo", respecto a la administración o custodia de los caudales públicos del Servicio de Inteligencia Nacional, es el Jefe de la Oficina Técnica de Administración, por ser el llamado por ley a ejecutar el presupuesto, conducir la contabilidad y tesorería del SIN, además de dirigir, coordinar y controlar los pagos en dicha institución. En él recae el deber específico de administración y custodia de los fondos públicos, determinándose así su ámbito de competencia.

---

13 Ley del Sistema de Inteligencia Nacional, creada mediante Decreto Ley N.º 25635 del 21 de junio de 1992.

14 Reglamento de Organización y Funciones del SIN creado mediante Decreto Supremo N.º 065-DE/SG del 11 de setiembre de 1992 (véase a fojas 8993, t.19).

15 Manual de organización y Funciones del SIN creado por Resolución Jefatural N.º 051-98-SIN, 01, del 31 de marzo de 1998 (véase a fojas 19142. Tomo 21).

16 Art.14 de Ley del Sistema de Inteligencia Nacional.

17 *Vid.* Art 27, 28 inc., b) y g) del Reglamento de organización y Funciones del SIN.

Lo anterior se corrobora con la propia declaración en juicio oral de Abel Villalobos Candela —ver fojas seis mil novecientos treinta y cuatro. Sesión n.º 21, Tomo 16— Director de la Oficina Técnica Administrativa del Servicio de Inteligencia Nacional, quien refirió que laboró en dicha dependencia desde 1998 hasta septiembre del 2001; indicando que funcionalmente su jefe inmediato superior era el Jefe del SIN, el Almirante Rozas Bonuccelli; que su persona era el responsable de la ejecución del presupuesto del servicio de conformidad al calendario de compromiso mensual que emitía la Oficina Técnica de Planificación y Presupuesto, y era también el encargado de dirigir, programar y coordinar los pagos del SIN; asimismo, precisó que el presupuesto del SIN se subdividía en gastos corrientes y gastos de acción reservada de carácter secreto, la misma que ascendía más o menos a cinco millones de soles mensuales, y de este monto el setenta y seis por ciento más o menos, se designaba para los gastos de acción reservada, esto es, aproximadamente tres millones novecientos mil soles. Los gastos corrientes estaban destinados para gastos materiales, combustibles y una serie de cosas de uso diario, mientras que los gastos de acción reservada de carácter secreto eran manejados por Montesinos Torres, por orden del jefe del SIN, para acciones de inteligencia.

De la declaración anterior y las normas del sector se concluye que la obligación especial "por razón del cargo", de administrar y custodiar los fondos públicos asignados al SIN, corresponde al Director de la Oficina Técnica Administrativa del Servicio de inteligencia Nacional, pues en este funcionario público recae el deber institucional de fomentar y mantener seguros los bienes situados bajo su esfera jurídica.

La sentencia recurrida se sustenta asimismo en que *el encausado Fujimori Fujimori ejerció competencia funcional, toda vez que suscribió las resoluciones supremas de justificación de gastos de carácter SECRETO*, obrante a fojas 6540 a 6554. Sobre este punto obra en autos los reglamentos donde se establece que por mandato legal del Artículo 58 del ROF, la resolución suprema que apruebe los gastos presupuestales del SIN de carácter "SECRETO" constituye el único documento justificatorio. La Resolución Suprema será refrendada por el Presidente del Consejo de Ministros. En ese sentido, la suscripción de dichas Resoluciones Supremas no lo hace competente funcional al encausado Fujimori Fujimori para la administración y custodia de los fondos públicos asignados al SIN —fondos del régimen de ejecución especial—, sino que su expedición y suscripción obedece a la disposición de la ley y su cumplimiento [Ley Orgánica del Poder Ejecutivo-D. L. N.º 560[18]], *pues conforme se señala en el art 3, numeral 3): Resoluciones Supremas, son normas de carácter específico rubricados por el presidente de la República y refrendadas por el ministro a cuyo sector*

18 Véase Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, D. L. N.º 560, del 28 de marzo de 1990 vigente hasta el 20 de diciembre del 2007, en la cual en su art. 3 numeral 3 señala: las resoluciones supremas son normas de carácter específicos rubricados por el presidente de la República.

corresponde; debiendo precisarse que dichos gastos de carácter "secreto" efectuados por el SIN corresponden a operaciones de inteligencia y contrainteligencia, que por su clasificación de secreto estaba limitado su conocimiento, no siendo objeto de fiscalización por parte del Poder Ejecutivo, circunscribiéndose el encausado a la suscripción de dichos documentos justificatorios [Resoluciones Supremas] de gastos de acciones de inteligencia. Se observa que dichas Resoluciones Supremas fueron suscritas justificando montos inferiores o iguales a los designados por ley para el sector —ver resoluciones supremas a fojas seis mil quinientos cuarenta a seis mil quinientos cincuenta y cuatro—, por lo que, no se evidencia irregularidad alguna en la suscripción de dichas resoluciones justificatorias.

En esa línea, si una ley obliga al presidente de la República —en este caso al encausado Fujimori Fujimori— a la suscripción de Resoluciones Supremas —véase *art 3, numeral 3 del* D. L. N.º 560, esto no lo hace responsable penalmente por obrar en cumplimiento de sus obligaciones como mandatario de la República, por lo que, queda exento de responsabilidad penal, conforme al artículo 20, numeral 8, —obrar en cumplimiento de un deber—, esto es, cumplir un deber que la ley ordena [*suscribir Resoluciones Supremas*]; aquí la conducta practicada por el encausado Fujimori Fujimori en el contexto social de su actuar —función pública— no se aparta del ámbito de competencia personal delineado por su deber jurídico, por lo que su conducta no resulta relevante penalmente al no sobrepasar los límites de lo permitido, esto es, obrar conforme a su deber, pues nadie puede hacerse acreedor de responsabilidad penal por el cabal cumplimiento de una obligación o deber jurídico.

Lo anterior coincide con la declaración en juicio oral del encausado **Fujimori Fujimori**[19]**,** quien señaló que sus funciones son representativas y de carácter político; **que no quien no administró la Hacienda Pública** [esta afirmación se corrobora también con la declaración en juicio de Jaililie Awapara, quien se desempeñó como viceministro de la Hacienda Pública en la gestión del ex presidente Fujimori Fujimori, del periodo 1998 al 2000, y afirmó que el Presidente no participaba en lo absoluto en la administración de la hacienda pública —ver fojas 7467, T.17—, ni menos administró los caudales del Servicio de Inteligencia Nacional, del Ejército, de la Fuerza Aérea, ni de las fuerzas armadas, pues para eso existen los titulares de los pliegos, representados por los jefes de cada área, y en el caso del Servicio de Inteligencia Nacional el titular del pliego era el jefe del SIN, y las aéreas técnicas de administración encargadas de la ejecución del presupuesto; asimismo, refirió que sí firmó las Resoluciones Supremas que justifican el gasto de acciones reservadas de inteligencia, pues la norma lo obligaba a suscribirlo; precisando que desconocía del plan paralelo para su campaña realizado por Montesinos Torres y que no tuvo contacto con los editores de los denominados

19 Declaración en juicio oral. Tomo 15. Sesión N.º 4 y 5, fojas 5979 y 6017, respectivamente.

"Diarios Chicha", ni ordenó el pago para la compra de los titulares de dichos periódicos.

Este hecho último se corrobora con la transcripción del video N.º 1792, del 26 de noviembre de 1999 [Tomo 16, fojas 6785-806], la misma que fue actuada en juicio oral y no valorada en la sentencia de primera instancia, en el cual se evidencia la reunión que sostuvieron los Comandantes Generales del Ejército —Villanueva Ruesta—, Fuerza Aérea —Bello Vásquez—, La Marina —Ibárcena Amico— y Montesinos Torres, quienes de manera espontánea señalaron[20]:

> **Montesinos Torres:** [...] *ahora, nos hemos fregado, claro nos hemos fregado cuatro meses, cinco meses y todo este año. Pero nos queda nada más diciembre, enero, febrero, marzo y llegamos abril, cinco meses; y después de cinco meses terminó esta historia y tenemos cinco años tranquilos y todo lo que se ha invertido se recuperará en el tema,* se *recupera porque volvemos a la normalidad.*
>
> [...] *y la verdad que nosotros no hemos parado hasta que el presidente esté ahí, es la verdad.*
>
> **Villanueva Ruesta:** *así es, ni sabe cómo hemos trabajado.*
>
> **Montesinos Torres:** *no sabe carajo.*
>
> *El otro día le enseño las encuestas, me dice "pucha, que bien estoy yo. Sigo". No sabe, carajo, que estamos como mulas acá sacándonos la mugre.*
>
> **Villanueva Ruesta:** es *todo un trabajo fuerte por abajo,* [pp.17-18 de la transcripción] [...]
>
> **Bello Vásquez:** *Claro.*
>
> **[...]**
>
> **Montesino Torres: [...]**
>
> Y buen o, todo ese esfuerzo, todo eso que estamos haciendo ha dado a que el Presidente llegue al punto que ha llegado. Ni idea tiene como miércoles está ahí; puta, ni sabe cómo estamos manejando, [p. 20 de la transcripción]

Asimismo, obra también la declaración en juicio de ***Elesván Eduardo Bello Vásquez***[21], quien señaló que fue Comandante General de la Fuerza Aérea desde 1998 hasta el 2000, y respecto al video del 26 de noviembre de 1999, estuvieron los tres comandantes generales, el general Villanueva y el almirante Ibarcena, en la cual Montesinos refirió que el presidente, el procesado Fujimori Fujimori, no

20 *Vid.* Transcripción del video N.º 1792 del 26 de noviembre de 1999 [Tomo 16, fojas 6785-6806]. Un mayor análisis de dicha prueba instrumental se efectúa en la p. 40 y siguientes de la presente ejecutoria.

21 Declaración en juicio en calidad de testigo. Tomo 15. Sesión N.º 10, fojas 6186-6190.

sabía por qué estaba subiendo en las encuestas, no sabía cómo se estaba trabajando para conseguir el alza de popularidad del Presidente; que Montesinos le refirió que envíe fondos de su cartera al SIN, para apoyar actividades de inteligencia por orden del Presidente, sin embargo, y como se lee de la transcripción del video, *el encausado Fujimori Fujimori no sabía nada de lo que estaba pasando en ese momento.*

Por tanto, si bien se le imputo al encausado Fujimori Fujimori la calidad de autor del delito de peculado; sin embargo, lo expuesto en los considerandos precedentes se determina que la conducta del encausado en el caso concreto, al ser analizada bajo el filtro de la imputación objetiva —análisis del tipo objetivo del delito de peculado— no cumple con uno de los presupuestos que exige el tipo penal atribuido, esto es, la vinculación funcional "por razón de su cargo" para la administración o custodia de los fondos públicos asignados al SIN —fondos de régimen especial—, pues dentro de sus competencias como ex presidente de la República y de acuerdo con el Reglamento de Organización y Funciones de la entidad correspondiente —SIN—, *el recurrente no tuvo la posesión, ni la disposición de los caudales públicos, es decir, no ostentaba el vínculo funcional normativo que lo determina a administrar o custodiar los caudales del SIN* —no lo vincula una posición de garante específico—; más aún, si desconocía del plan paralelo para su campaña realizado por Montesinos Torres, ni tuvo contacto con los editores de los denominados "Diarios Chicha".

En ese sentido, atribuirle responsabilidad penal al encausado Fujimori Fujimori es hacerle responder por hechos de terceros, *lo que vulnera el principio de culpabilidad, o de proscripción de la responsabilidad objetiva, consagrado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal,* como del principio de imputación personal[22] como límite al poder punitivo del Estado, que impide el castigo a alguien por hechos ajenos o de terceros; de tal manera que se excluye su responsabilidad por eventos que no ha realizado o en los cuales no ha intervenido prestando una contribución jurídicamente relevante y que ha podido ser realizado por terceras personas. Así, queda superado aquellos tiempos en los que una persona tenía que responder penalmente por acciones de otro, no habiendo intervenido, ni conocido la comisión del hecho, o en los que la responsabilidad y el castigo se extendían a toda la tribu o la familia del delincuente [responsabilidad tribal o colectiva][23], concepción extensiva de autor que ha quedado en la historia remota del Derecho Penal.

Ahora bien, en lo que respecta a la relación entre el encausado Fujimori Fujimori y Montesinos Torres [sentenciado en el "caso Madre" la cual derivó la presente

22 Cfr. Villanueva Terreros, Felipe, *Derecho penal. Parte General,* Grijley, Lima, 2006, p, 113.

23 Cfr. Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general,* BdeF, Montevideo, 2005, p. 134.

causa][24] se infiere también de un análisis integral de los hechos y pruebas obrantes en el expediente, que este último ostentaba el cargo de Asesor II del Gabinete de Asesores de la Alta Dirección del SIN, lo que lo halla inmerso en la esfera de la Administración pública, en cuyo ejercicio extendió los límites funcionariales a los que estaba obligado, asumiendo una competencia adicional de decidir sobre el destino y administración de los bienes del SIN —fondos de régimen especial—, esto es, por asunción extendió sus competencias a la administración de un segmento de la función pública que lo vinculó funcionalmente con el destino de los bienes estatales; en este nivel, no solamente ejerció una función de dirección, sino de administración, por lo que su conducta alcanza una relevancia penal típica cuando quebrantó el deber de una correcta administración de lo asumido. El quebrantamiento de los deberes de asunción dio lugar a que fuera condenado oportunamente por estos hechos. Sin embargo, del examen del expediente se colige que el encausado Fujimori Fujimori no tuvo intervención alguna en los hechos materia de autos, de tal manera que no puede hacérsele responder tan solo por haber ostentado el cargo de Presidente de la República, con el deber general de administrar la hacienda pública [inc. 17 del artículo 118 de la Constitución del Estado], toda vez que su deber de garante se restringe solamente a este ámbito. Sostener lo contrario implica una responsabilidad objetiva proscrita por el artículo VII del Código Penal, tal como hemos mencionado en los párrafos anteriores, pues ese deber general tiene sentido para el derecho penal solo mediante su anclaje típico a través del vínculo funcional que el artículo 387 del Código Penal plasma como "administración o custodia [que] le estén confiados en razón de su cargo", que en el presente caso constituye un deber funcionarial ajeno a su persona.

(No es ajeno a este tribunal, sin embargo, que en circunstancias de crisis institucional las competencias institucionales se flexibilicen existiendo la posibilidad de un administrador de hecho, lo que de darse se tiene que probar no solo la usurpación de facto y vaciada de contenido formal, sino que de uso de esa usurpación se configuró peculado.

3.3 Valoración de la actividad probatoria sobre la presunta orden dada por el encausado Fujimori Fujimori para el pago a los denominados "diarios chicha"

Lo sentencia recurrida en el punto **5.4. II [página cuarenta y tres de la citada resolución]**[25]señala que los testigos que ostentaban rango ministerial y una relación personal con el encausado pueden proporcionar una información obtenida de modo directo de la intervención del acusado Fujimori Fujimori en el desvío de fondos del presupuesto de la Fuerza Aérea y del Ejército al Servicio

24 *Vid.* Sentencia de fecha 26 de enero de dos mil cinco, Exp. 30-2001, "Caso Madre", obrante a fojas uno, Tomo I.

25 *Vid.* Tomo 23, a fojas 1054.

de Inteligencia Nacional en el periodo a que se contrae la acusación, conforme a las declaraciones de:

Elesván Eduardo Bello Vásquez[26]**,** quien en juicio oral refirió que entre los años 1998 y 2000, se desempeñó como *Comandante General de la FAP, que* se *reunió en varias oportunidades en Palacio de Gobierno con el Presidente Alberto Fujimori para tratar temas relacionados con el Consejo de Defensa Nacional y una o dos veces en el Servicio de Inteligencia Nacional para los mismos fines; que nunca trataron sobre su reelección.* Reconoció que el 26 de noviembre del año 1999 se reunió con Vladimiro Montesinos Torres en el Servicio de Inteligencia Nacional y este le informó sobre una serie de actividades relacionadas con las elecciones del año 2000, fue allí que le dijo que estaba pagando a los diferentes medios de comunicación para que en sus editoriales o sus carátulas saquen avisos a favor del Presidente Alberto Fujimori; que desde los primeros meses del año 1999 hasta septiembre del 2000, a solicitud de Vladimiro Montesinos Torres, remitió quincenalmente dinero en efectivo al Servicio de Inteligencia Nacional; que en un inicio Montesinos Torres le informó que las transferencias eran para apoyar actividades del Servicio de Inteligencia, pero después le dijo que era para algunas actividades que estaban desarrollando para apoyar la reelección presidencial, luego de lo cual decidió continuar con las transferencias de fondos por convicción propia, porque consideraba que el presidente Fujimori estaba haciendo un buen gobierno; *que Montesinos le dijo que esas transferencia eran por pedido del acusado Alberto Fujimori, pero nunca preguntó, ni habló con el ex presidente al respecto. Finalmente precisó que en la reunión del mes de noviembre en la alta Dirección del SIN, Montesinos Torres les dijo que el presidente de la República no sabía, ni tenía idea de cómo estaban trabajando para conseguir elevar su popularidad.*

José Villanueva Ruesta[27]**,** quien no declaró en este juicio oral, pero sí a nivel de instrucción en este proceso —fojas cinco mil cuatrocientos treinta y nueve— siendo su testimonial introducida en el juicio, donde señala en su tercera respuesta, que en su condición de Comandante General del Ejército desde agosto del año 1999 a octubre de 2000, recibió la instrucción de Montesinos Torres de transferir dinero del Ejército al Servicio de Inteligencia Nacional, que días después le preguntó al presidente Fujimori al respecto y este le indicó que continúe con el procedimiento establecido.

26 Declaración en juicio oral en calidad de testigo. Tomo 15. Sesión N.º 10, fojas 6186-6190.

27 Ostentaba en ese entonces el cargo de comandante general del Ejército, véase Sesión N.º 14.Tomo 16, fojas 6684.

Carlos Alberto Bergamino Cruz[28], quien ante el plenario señalo que en abril de 1999 hasta noviembre del año 2000 fue nombrado como ***Ministro de Defensa*** siendo sus funciones el establecer la política del Sector, que incluyen el cumplimiento de la Fuerza Aérea, Marina, Ejército y Comando Conjunto. *Refirió que acudió a varias reuniones en el SIN, que* no *trataron temas de reelección con el acusado Fujimori, tampoco la compra de los titulares de los "Diarios Chicha".* Sostuvo que durante su período como Ministro de Defensa se remitieron al Servicio de Inteligencia Nacional sumas de dinero por montos de *S/.* 800,000.00 de soles mensuales a fin de apoyar económicamente los asuntos de Inteligencia del SIN, ello en mérito a una disposición que venía del Ministro Malea Villanueva desde el año mil novecientos noventa y dos por orden del ex presidente de la República Alberto Fujimori; que a su despacho Ministerial llegaba de Economía una ampliación de presupuesto —que él mismo solicitaba, denominada "Fondos de zona de emergencia"— y esos fondos eran remitidos con esa misma denominación al Servicio de Inteligencia, justificando su salida con un cheque y un oficio y del Servicio de Inteligencia hacían el acuse de recibo, nosotros no sabíamos en qué se usaba ese dinero".

César Saucedo Sánchez,[29] *quien en juicio refirió que de enero a agosto del* año *1998 fue* ***Ministro de Defensa****, del 22 de agosto de 1998 al 23 de julio de 1999 fue* ***Comandante General del Ejército*** *y finales de agosto 1999 hasta el 28 de julio del año 2000 fue* ***ministro del Interior.*** *Señaló también* ***que concurrió a las instalaciones del SIN convocado por el almirante Rozas Bonuccelli por orden del ex presidente Alberto Fujimori a fin de llevar a cabo reuniones de Consejo Defensa Nacional relacionada con el orden interno cuando*** *ocupaba estos tres cargos, precisando que en dichas reuniones nunca tocaron el tema de reelección.* Cuando ocupó la cartera de Ministro del Interior remitió mensualmente la suma de S/.550,000.00 soles al SIN, como se venía haciendo desde 1992, continuando con la práctica hasta setiembre u octubre del 2000 hasta el final de su segundo mandato. Como Comandante General del Ejército también transfirió dinero al SIN, pero no recuerda el monto, *precisó que fue a pedido del jefe del Servicio de Inteligencia Nacional, quien con un documento le solicitaba fondos para realizar y ejecutar planes de inteligencia, que fue aproximadamente cada tres meses*; que realizó esas transferencia en mérito a una Directiva Anual de Tesorería del Ministerio de Economía y Finanzas donde dispone que se puede hacer transferencias por encargo a otra unidad ejecutora.

---

28 Declaración en juicio oral en calidad de sujeto de testigo. Sesión N.º 19. Tomo 16, fojas 6820.

29 Declaración en juicio oral en calidad de testigo. Sesión N.º 19. Tomo 16, fojas 6820.

Es de apreciar que *dichas testimoniales en nada acredita respecto a la disposición u orden de pago de titulares de los denominados "Diarios Chicha" con fondos públicos del régimen de ejecución especial del SIN, por parte del encausado Fujimori Fujimori,* sino que se limitan a señalar transferencias de fondos de la Fuerza Aérea y del Ejército al Servicio de Inteligencia Nacional, para apoyar sus acciones. En mérito de dichas declaraciones estos testigos nunca se reunieron con el encausado Fujimori Fujimori para tratar temas de reelección, ni menos para compras de titulares de los denominados "Diarios Chicha".

Lo propia sentencia cuestionada en su apartado **5.4. II [página cuarenta y seis de su numeración]** precisa que "*es* imposible de aceptar, porque no resiste el menor análisis, que con su activa participación en las actividades del SIN ***y su presencia casi permanente en sus instalaciones*** **[esto referido al encausado Fujimori Fujimori],** ***no haya podido tomar conocimiento en qué se venía utilizando su presupuesto, cuando este hecho fue advertido por todos los que laboraban en el lugar***, conforme se desprende de las testimoniales de Wilber Ramos Viera, Rozas Bonuccelli, Mario Rafael Ruiz Agüero, Matilde Pinchi Pinchi y Jose Abel Villalobos Candela[30], presentados en este juicio oral". Es de precisar al respecto que la misma sentencia refiere que estas declaraciones solo han podido aportar información periférica o indirecta de la actuación que realizó el acusado Fujimori Fujimori.

En esa línea, el testigo **Wilber Ramos Viera[31],** refirió "que se *desempeñaba como Secretario del señor Vladimiro Montesinos Torres en el Servicio de Inteligencia Nacional, por orden de este se enviaban por fax al periodista Bressani algunos bocetos de titulares de "Diarios Chicha" que él mismo elaboraba con Borobio, este los devolvía por el (mismo medio con la portada y recibido, lo entregaban a Montesinos* [...] ***Existía una sala de conferencia, ahí se reunía el señor Winitzky, Mankevick y el señor Borobio, no pudiendo ingresar a dichas reuniones; que el Presidente tenía un ambiente privado ubicado en el segundo piso de la Alta Dirección, que lo ha visto una o dos veces. Cuando Montesinos iba a Palacio de Gobierno nos pedía un folder,*** *y dentro iba varios documentos y supone que también iban los titulares de los "Diarios Chicha".* Asimismo, Matilde Pinchi Pinchi[32], señaló que [...] Bressani es el que creaba las carátulas que iban a ser publicadas en los Diarios Chicha y las enviaba a Montesinos, este consultaba y corregía con sus asesores de imagen, los señores Borobio, Mankevich y Winitzki [...], en el SIN se acondicionó un aula al que llamaban "Comando de campaña" o "Aula Gris", donde se reunían los comandantes generales para ver el avance de la campaña. En algunas oportunidades, el encausado Fujimori fue a ver cómo iba la construcción de la sala, *que ella nunca habló con Fujimori y que Montesinos no dejaba que contestaran sus*

30 Declaración en juico oral en calidad de testigo. Tomo 16. Sesión N.º 21, fojas 6934.

31 Declaración en juicio oral en calidad de testigo. Tomo 16. Sesión N.º 12, fojas 6418.

32 Declaración en juicio oral en calidad de testigo. Tomo 18. Sesión N.º 29, fojas 8111.

llamadas, pero sí acompañó algunas veces a Montesinos a Palacio de Gobierno, una o dos veces al mes, pero no ingresó al Privado del Presidente, se quedaba en la antesala. Solo ha visto al Presidente unas cuatro o cinco veces en el SIN, que el Presidente se reunió en el Aula Gris con los publicistas, comandantes generales, Congresistas y los jefes de la región para tratar el tema de su reelección, que *las reuniones eran con la puerta cerrada, de todo esto tenía conocimiento por parte de Montesinos. No tenía conocimiento respecto del desvío de fondos de las Fuerzas Armadas al Servicio de Inteligencia Nacional, por parte del encausado Fujimori. Así también, el testigo Humberto Guido Rozas Bonuccelli*[33] mencionó que desde enero de 1998 y hasta agosto del 2000 se desempeñó como Jefe del Servicio de Inteligencia Nacional; que hubo reuniones con el Ministro de Defensa y del Interior, los comandantes generales, jefes de Regiones Militares y Congresistas del partido político del ex presidente Fujimori Fujimori; que a través de los cámaras vio que el ex presidente también participaba en las reuniones, las que eran dirigidas por Montesinos Torres; que respecto a la presencia del encausado Fujimori Fujimori en el SIN, mencionó que ingresaba por la puerta posterior, que sus visitas no eran continuas, asistía una o dos veces a la semana, como también habían semanas que no asistía, quedándose en su privado hasta la una de la madrugada o a veces se quedaba a dormir, no tenía un horario fijo. Por su parte, el testigo Mario Rafael Ruiz Agüero[34], mencionó que el manejo de los Diarios Chicha se encargaba Montesinos, que existía la "Sala de Campaña" o "El Aula 3" donde asistían los publicistas, Ministros, comandantes generales convocados por Montesinos Torres, allí se trataban temas de corte político, seguridad y reelección, *las reuniones la conducía Montesinos Torres, que fue en una o dos ocasiones que vio al Presidente Fujimori Fujimori en esta sala; que Montesinos y el Presidente Alberto Fujimori en esta sala;* que Montesinos y el Presidente Alberto Fujimori se comunicaban entre 7 u 8 veces al día, pero que también habían semanas que no lo hacían, el Presidente tenía un ambiente privado de aproximadamente cien metros cuadrados ubicado en el segundo piso de la Alta *Dirección* [...] *que a veces Montesinos subía y se reunían a puerta cerrada, así también ingresaba al Aula 3, pero Montesinos cerraba la puerta, que escuchaba que Montesinos conversaba por teléfono y pedía los titulares pero desconocía con quien hablaba, y que supone que debe ser el presidente Fujimori,* porque ese teléfono solamente era para comunicarse con el ex presidente Fujimori [...] ".

Conforme a lo expuesto en el párrafo precedente, se desprende que *dichas testimoniales también en nada informan respecto al vínculo funcional que determina al encausado Fujimori Fujimori salvaguardar los fondos públicos destinados al régimen de ejecución especial del SIN o que haya ordenado y/o conocido la utilización de dichos fondos públicos para pagos a titulares denominados "Diarios Chicha", por parte de Vladimiro Montesinos Torres.* Más aún, si conforme lo advirtió la sentencia

33 Declaración en juicio oral en calidad de testigo. Tomo 16. Sesión N.º 15, fojas 6568.

34 Declaración en juicio oral en calidad de testigo. Tomo 16. Sesión N.º 13, fojas 6461.

recurrida, estas declaraciones solo efectúan aportación periférica o indirecta de la actuación del encausado Fujimori Fujimori, respecto del desvío de fondos de la Fuerza Aérea del Perú y el Ejército Peruano hacia el Servicio de Inteligencia Nacional, así como al uso que se dio a este dinero; en esa línea, las declaraciones antes expuestas resultan ser referenciales, tal como se observa de la declaración de la testigo Pinchi Pinchi, pues señaló que nunca se reunió ni conversó con el encausado Fujimori Fujimori y que tomó conocimiento por parte de Montesinos Torres; además, los testigos Ramos Viera y Ruiz Agüero incidieron que las reuniones en el SIN eran a puerta cerrada, que cuando Montesinos Torres iba a Palacio de Gobierno les pedía un folder, conteniendo varios documentos y supone que también contenían los titulares de los "Diarios Chicha", además escuchaban que Montesinos Torres conversaba por teléfono y pedía los titulares pero desconocía con quien hablaba, y que suponía que era el presidente Fujimori Fujimori.

En esa línea de análisis, es de precisar, que los testimonios referenciales son subsidiarios a la declaración del testigo fuente, pues es este quien debe comparecer ante el Tribunal, ya que su testimonio interesa a la justicia, por tener conocimiento directo sobre los hechos, ya que la declaración del testigo de referencia por sí sola no es suficiente para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, esto es, no se puede sustentar con dichas testimoniales una sentencia condenatoria, exigiéndosele para ello otras pruebas que deben corroborarlas a fin de consolidar su contenido incriminador[35]. Por lo que, en el caso concreto la manera cómo fue conocido dichas informaciones referenciales antes señaladas, así como la falta de consistencia en sus declaraciones y otras pruebas que lo corroboren, le restan solidez a dichos testimonios para ser tomados como prueba de cargo que desvirtúen la presunción de inocencia del encausado Fujimori Fujimori.

Si bien la sentencia recurrida valoró la declaración instructiva de Montesinos Torres, llevada a cabo en el "Proceso Madre" obrante a fojas nueve mil noventa y cinco, y que fue incorporada como prueba trasladada a este proceso por su valor probatorio, bajo las reglas de **valoración de la declaración de un coimputado** —véase análisis n. 5.2 de la citada sentencia— donde señaló que el encausado Fujimori Fujimori, dio la orden para el desvío de fondos de las Fuerzas Armadas al SIN para apoyar su campaña de reelección —pagos de "Diarios Chicha"—; sin embargo, dicha testimonial al ser confrontados con los parámetros exigidos en el Acuerdo Plenario número dos guión dos mil cinco oblicua CJ guión ciento dieciséis, del treinta de setiembre del dos mil cinco, no se corroboró dichos presupuestos [***a)*** *Ausencia de incredibilidad subjetiva;* ***b)*** *verosimilitud en la incriminación; y,*

35 En ese mismo sentido, véase el Acuerdo plenario N.º 2-2005/ CJ guión ciento dieciséis, del treinta de setiembre del dos mil cinco, considerando noveno; así como el inciso segundo del artículo 158 del Código Procesal Penal [D. Leg. N.º 957] el cual describe que en los supuestos de testigos de referencia, solo con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer una sentencia condenatoria.

c) persistencia en la incriminación], pues en el caso concreto desde la perspectiva subjetiva se evidenció en la primigenia declaración de Montesinos Torres [caso madre a fojas nueve mil noventa y cinco] el deseo de obtener beneficio judicial, —beneficio de confesión sincera—; asimismo, dicho testigo no declaró en el presente proceso penal —véase sesión numero treinta y cuatro del juicio oral, tomo veinte, a fojas nueve mil seiscientos treinta y seis— apreciándose falta de persistencia de sus afirmaciones en el curso del proceso, no cumpliéndose así la declaración del testigo antes referido con los parámetros mínimos exigidos en el Acuerdo Plenario antes señalado, que ayudan a la racionalidad de la valoración de su declaración; debiéndose tomar en cuenta además lo establecido en doctrina[36] respecto a este tipo de declaraciones de coimputados, pues se consideran sospechosas toda vez que las manifestaciones de estos, no están sometidos al deber de veracidad, cuestión que debe ser examinada cuidadosamente y contrastadas con otros medios de prueba mediante la apreciación de las reglas de sana crítica racional.

Ahora bien, contrario a las declaraciones analizadas en los párrafos precedentes, obra la prueba documental objetiva [transcripción del video N.º 1792, del 26 de noviembre de 1999][37] que evidencia la reunión que sostuvieron los Comandantes Generales del Ejército —Villanueva Ruesta—, Fuerza Aérea —Bello Vásquez—, La Marina —Ibárcena Amico— y Montesinos Torres, quienes de manera espontánea señalaron:

> **Montesinos Torres:** [...] *ahora, nos hemos fregado, claro nos hemos fregado cuatro meses, cinco meses y todo este año. Pero nos* queda *nada más diciembre, enero, febrero, marzo y llegamos abril, cinco meses; y después de cinco meses terminó esta historia y tenemos cinco años tranquilos y todo lo que se ha invertido se recupera en el tema, se recupera porque volvemos a la normalidad.*
>
> [...] *y la verdad que nosotros no hemos parado hasta que el presidente esté ahí, es la verdad.*
>
> **Villanueva Ruesta:** *así es, ni sabe cómo hemos trabajado.*
>
> **Montesinos Torres:** *no sabe carajo.*
>
> El otro día le enseño las encuestas, me dice "pucha, que bien estoy yo. Sigo". No sabe, carajo, que estamos como mulas acá sacándonos la mugre.
>
> **Villanueva Ruesta:** es *todo un trabajo fuerte por abajo.*
>
> **Montesinos Torres:** *puta, que estamos, carajo, jodiendonos y fregándonos. Ahora, por ejemplo, ustedes han visto la revista SÍ el lunes que ha pasado donde*

36 Cfr. Nieva Fenoll, J., *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Barcelona, 2010, p. 243

37 *Vid.* Tomo 16, fojas 6785-6806. Transcripción del video N.º 1792, del 26 de noviembre de 1999.

sale, carajo, la caratula la "Seguridad Ciudadana". "El mulo" por eso cobra diez mil dólares, pero el cojudo me dice diez mil si soy neutro, y puta, si ustedes quieren que le saque la mugre a Castañeda, entonces son diez mil por cada número; o sea eso son 40 mil dólares mensuales. O sea yo le saco la madre a Castañeda o Andrade. [Véase hasta aquí pp. 17-18 de la transcripción a fojas 6802]

Montesinos Torres: [...] *entonces ¿qué es lo que estamos haciendo ahora? Estamos haciendo un empadronamiento de todos los periódicos que tienen, del quiosco, como hicimos en la Marina, de todos los quioscos y ver que periódicos llegan. Entonces todos los días compramos periódicos populares y les mandamos por el avión, les mandamos "El Chino", "El Tío", para acá, para allá, para que los vendan gratis.*

Bello Vásquez: *Claro.*

Montesino Torres: *O sea, nosotros les regalamos los periódicos, ellos los cuelgan ahí y lo venden, y la plata es para el quiosquero.*

Ibárcena Amico: *Claro.*

Montesino Torres: *Y les mejoramos su tiraje acá, nos ahorramos el tema de que no tienen ellos infraestructura para llegar al nivel de las provincias, mandamos en los aviones de Aero Continente, cada vez va una persona, viaja uno para Arequipa, uno va para Tacna.*

Entonces, todos los días van llevando el paquete de periódicos como *carga. Llegan allá, llegan a un punto y, miércoles, se acabó.*

Bello Vásquez*: Buena idea.*

Montesino Torres: *y entonces, mejoramos el tiraje acá en Lima y llegamos a nivel nacional el tema.*

Y bueno, todo ese esfuerzo, todo eso que estamos haciendo ha dado a que el Presidente llegue al punto *que ha llegado. Ni idea tiene como miércoles está ahí; puta, ni sabe cómo estamos manejando. [Véase hasta aquí pp. 19-20 de la transcripción a fojas 6804]*

Previo a efectuar un análisis respecto a la instrumental antes descrita *[transcripción del video N.º 1792, de fecha 26 de noviembre de 1999], es preciso señalar que dicho medio probatorio no fue valorado por los juzgadores de primera instancia en la sentencia recurrida, pese a que dicha* instrumental fue admitida, actuada y sometida al contradictorio en el acto de juicio oral —véase sesión de audiencia N.º 44 a fojas 10116—, circunstancia que acarrearía nulidad por carecer de una debida motivación; no obstante, conforme se señala en la Resolución Administrativa N.º 002-2014-CE-PJ, del siete de enero del dos mil catorce, *"se debe considerar la nulidad como una medida extrema y solo aplicable a casos en que el supuesto vicio*

no sea subsanable. Es claro que cualquier defecto en la motivación de una resolución puede ser subsanable mediante la exposición de la motivación, que se considera la correcta o la adecuada por parte del órgano revisor. Por consiguiente, en casos de autos o sentencias, consideradas como defectuosamente motivadas, se debe resolver el fondo revocando o confirmando las resoluciones impugnadas por los fundamentos expuestos por el superior. En tal sentido, los supuestos defectos en la motivación como la valoración de la prueba, aplicación o interpretación del derecho, no pueden ser causal de nulidad" [véase considerando Quinto]; por lo que, este Supremo Tribunal siguiendo el lineamiento citado y a fin de evitar una dilación innecesaria del proceso —al aplicar el reenvío al inferior jerárquico—, que vulneraría la garantía del plazo razonable, procederá a merituar el referido medio probatorio, a fin de esclarecer la responsabilidad penal del acusado Fujimori Fujimori.

Conforme se desprende del diálogo antes descrito, se afirma que el encausado Fujimori Fujimori desconocía los planes que venían ejecutando Vladimiro Montesinos Torres, conjuntamente con otros altos mandos de las Fuerzas Armadas —Bello Vásquez, Villanueva

Ruesta e Ibárcena Amico—, respecto a la campaña de reelección y los denominados "Diarios Chicha". En esa línea, siguiendo las reglas de valoración del criterio racional, este medio de prueba documental abona lo referido por el encausado Fujimori Fujimori respecto al desconocimiento de los hechos materia del ilícito que se le atribuye, pues para efectos de su valoración se debe merituar la calidad de la prueba instrumental, ya que la naturaleza representativa de dicha prueba tiene la finalidad de preservar de forma fidedigna y fiel aquello que representa; en el presente caso, el diálogo de los intervinientes en el video se realiza de forma libre y espontánea, sin coacciones; por ello, resalta la relevancia de dicha prueba documental, frente a la testimonial, pues si bien el testigo es una persona que narra una experiencia, el documento es una cosa, por el cual una experiencia es representada, esto es, una representación real y objetiva, por el que el juzgador no debe obviar dicha predominancia. Más aún, si obra la declaración en juicio de uno de los intervinientes del diálogo, que abona a su objetividad y verosimilitud de dicha instrumental, así se tiene la manifestación de ***Elesván Eduardo Bello Vásquez***[38], quien respecto al video del 26 de noviembre de 1999, señaló que estuvieron los tres comandantes generales, el General Villanueva Ruesta y el Almirante Ibarcena Amico, en la cual Montesinos Torres refirió que el Presidente, el encausado Fujimori Fujimori, no sabía por qué estaba subiendo en las encuestas, no sabía cómo se estaba trabajando para conseguir a su alza de popularidad; y que el encausado Fujimori no conocía lo que estaba pasando en ese momento.

38 Declaración en juicio oral en calidad de testigo. Tomo 15. Sesión N.º 10, fojas 6186

En ese sentido, teniendo en cuenta que la base incriminatoria está determinada por el aporte realizado por el representante del Ministerio Público, se advierte que el material probatorio actuado no resulta suficiente para generar convicción sobre la responsabilidad penal del encausado Fujimori Fujimori, por delito de Peculado, *máxime* si se tiene que no obra en autos instrumental pertinente que se constituya como suficiente prueba de cargo y permita generar convicción respecto de su responsabilidad penal, *ya que no se acreditó la vinculación funcional "por razón de su cargo" del encausado Fujimori Fujimori para la administración o custodia de los fondos públicos asignados al SIN —fondos de régimen especial— mas aún no se evidenció la disposición u orden de pago de los titulares de los denominados "Diarios Chicha" con fondos públicos del régimen de ejecución especial del SIN, por parte del encausado Fujimori Fujimori;* por ende, corresponde la aplicación del principio *indubio pro reo,* consagrado en el inciso once del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, ello en virtud a la duda razonable generada por las razones ya expuestas; que denota que las actuaciones desarrolladas a lo largo del proceso penal no han podido enervar la presunción de inocencia que existe a favor de todo procesado, en este caso del encausado Fujimori Fujimori, no apreciándose elementos probatorios idóneos que demuestren su responsabilidad penal en el citado delito; más aún si solo cabe condenar a una persona cuando se ha llegado a la convicción sobre su responsabilidad en la comisión del hecho imputado conforme se capota al expresar que: "*A veces acontece que, pese al máximo esfuerzo desplegado durante la actividad probatoria, en el juicio oral, este termina sin que resulte probada fehacientemente la culpabilidad y responsabilidad del acusado, pero tampoco la inculpabilidad o irresponsabilidad del mismo. Lo único que se logra es constatar que existen razones antagónicamente equilibradas en pro y en contra de él; de modo que, es imposible poder afirmar o negar categóricamente la culpabilidad y responsabilidad del acusador* [...]. *A esta duda definitiva que resulta de la contraposición equilibrada y antagónica de razones se llama también: duda positiva,* [...] *la duda positiva o duda reflexiva que es el fundamento del indubio pro reo*". [Mixán Máss, Florencio, *Derecho Procesal Penal y Juicio Oral,* sexta edición, dos mil tres. p. 255]. Por tanto, procede decretarse la absolución a favor del citado procesado de conformidad con el artículo 301 del Código de Procedimientos Penales.

Duda positiva o duda reflexiva

Estando a lo anterior expuesto este Supremo Tribunal considera que no resulta atendible la pretensión de la parte civil, toda vez que la sanción resarcitoria se determina conjuntamente con la pena al autor, conforme se estipula en el artículo noventa y dos del Código Penal, y en el presente caso al no haberse acreditado

la responsabilidad penal del encausado Fujimori Fujimori, no es amparable las pretendidas alegaciones del actor civil.

Por tanto en aplicación de la tutela jurisdiccional efectiva este Supremo Tribunal toma la siguiente:

DECISIÓN

Declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia del ocho de enero de dos mil quince —fojas once mil treinta y tres— que condenó a Alberto Fujimori Fujimori, por delito contra la Administración pública-peculado doloso, a ocho años de pena privativa de libertad efectiva; a la pena de inhabilitación por el término de tres años de conformidad con el inciso dos del artículo treinta y seis del Código penal; y al pago de tres millones de soles por concepto de reparación civil, que deberá abonar en forma solidaria con los demás condenados en la causa 30-2001 1SPE/CSJL, a favor del Estado; y, **reformándola** lo **absolvieron** de la acusación fiscal por el referido delito y citado acusado; **DISPUSIERON** la anulación de sus antecedentes penales y judiciales generados a consecuencia del presente proceso; encontrándose sufriendo carcelería **ORDENARON** su inmediata libertad siempre y cuando no exista en su contra otra orden o mandato de detención emitida por autoridad competente, comunicándose vía fax, para tal fin, a la Cuarta Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima; y los devolvieron.

S.S.
VILLA STEIN/ RODRÍGUEZ TINEO/ PARIONA PASTRANA/ HINOZTROZA PARIACHI

3.
RECURSO DE NULIDAD N.° 2212-2004-LAMBAYEQUE
DIFERENCIA ENTRE DELITOS DE REHUSAMIENTO A LA ENTREGA DE BIENES A LA AUTORIDAD Y PECULADO POR EXTENSIÓN

Recurso de Nulidad	**N.° 2212-2004-Lambayeque**
Fecha:	13.01.2005
Procedencia	Segunda Sala Penal Transitoria
Ponentes	Javier Villa Stein, Alfonso Valdez Roca, Héctor Ponce de Mier, Victoriano Quintanilla Quispe y Víctor Prado Saldarriaga
Tema	Diferencia entre delitos de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad y peculado por extensión
Precedente vinculante	ff. jj. n.ºs 5 y 6
Concordancia	Código Penal: art. 387, 391 y 425 Código de Procedimientos Penales: art. 301-A

SUMILLA:

Que en el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, tipificado por el artículo trescientos del Código Penal, el verbo rector es el de rehusar, acción que consiste en negarse a entregar explícita o implícitamente dinero, cosas o efectos que fueron puestos bajo la administración o custodia del agente, siempre que medie requerimiento de entrega emitido por autoridad competente [...] Por tanto, en el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, no hay en el agente un ánimo *rem sibi habendi*, sino una voluntad específica de desobedecer a la autoridad, por lo que no se configura con tal conducta un delito de peculado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N.° 2212-04
LAMBAYEQUE

Lima, trece de enero del dos mil cinco.

VISTOS: con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo; y **CONSIDERANDO:**

FUNDAMENTOS

Primero: Que la condenada Ana Teresa Vigil Pérez ha interpuesto Recurso de Nulidad contra la sentencia de fojas ciento noventisiete, de fecha veinticuatro de mayo del dos mil cuatro.

Segundo: Que la recurrente sostiene a fojas doscientos seis que el hecho que se le imputa no se subsume en los supuestos contemplados en el artículo trescientos ochentisiete del Código Penal, toda vez que no utilizó como propio ni se apropió de los bienes que le fueron entregados en custodia por razón de su cargo de depositarla judicial, por lo que la denuncia de parte y acusación fiscal son meros argumentos genéricos que no forman convicción sobre la consumación del delito y no ha afectado la presunción de inocencia que la ampara.

Tercero: Que la tipicidad de los hechos imputados es una exigencia procesal vinculada al principio de legalidad penal. Ella consiste en la adecuación de la conducta que se atribuye al imputado a la descripción legal de un delito formulada en abstracto por la ley penal.

Cuarto: Que en el caso *sub iúdice*, es de precisar que no se trata de "determinar alternativamente" la figura típica que corresponde la conducta ilícita de la procesada Vigil Pérez, sino por el contrario, de calificar correctamente el hecho delictivo que se le imputa y subsumirlo en el tipo penal correspondiente, en cumplimiento de las exigencias de legalidad, que deben observarse en todo proceso penal.

Conductas típicas en el peculado impropio

Quinto: Que en el denominado delito de peculado por extensión o "peculado impropio", los verbos rectores alternativos del comportamiento típico son **apropiarse** y **utilizar**. Existe *apropiación* cuando el sujeto activo realiza actos de disposición personal de caudales o efectos de propiedad del Estado y que el agente posee en razón de su cargo para su correcta y diligente administración o custodia; y *utilizar* es servirse del bien (entiéndase caudal o efecto) como ejercicio de una ilícita "propiedad" sobre el mismo y que excluye de ella al Estado.

Rehusar

Sexto: Que en el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, tipificado por el artículo trescientos del Código Penal, el verbo rector es el de **rehusar**, acción que consiste en negarse a entregar explícita o implícitamente dinero, cosas o efectos que fueron puestos bajo la administración o custodia del agente, siempre que medie requerimiento de entrega emitido por autoridad competente (Ver: CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo dos. Cuarta edición. Editorial Astrea. Buenos Aires. Mil novecientos noventitrés,

página trescientos siete; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A., *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Segunda Edición. Palestra Editores. Lima. Dos mil tres, página trescientos noventicinco; ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*. Tercera edición. Editora Jurídica Grijley. Lima. Dos mil tres, página cuatrocientos cinco). Por tanto, en el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, no hay en el agente un ánimo *rem sibi habendi*, sino una voluntad especifica de desobedecer a la autoridad, por lo que no se configura con tal conducta un delito de peculado.

Tipicidad subjetiva

Séptimo: Que resolviendo el caso *sub iúdice*, se debe considerar lo siguiente: a) Que se le imputa a la procesada Ana Teresa Vigil Pérez, haber sido requerida por el Segundo Juzgado de Paz Letrado de Chiclayo para que cumpla con poner a disposición los bienes que le fueron entregados en calidad de depositarla judicial, sin embargo y pese a tal requerimiento, la inculpada no ha cumplido con dicho mandato; b) Que conforme al Auto de Apertura de Instrucción de fojas cuarentidós y al Auto de Enjuiciamiento de fojas ciento treintiuno, la encausada Vigil Pérez fue procesada por el delito de peculado por extensión, previsto y sancionado por el artículo trescientos ochentisiete en concordancia con el artículo trescientos noventidós del Código Penal, no obstante, el comportamiento ilicito realizado por la precitada encausada se adecúa al delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad previsto y sancionado por el artículo trescientos noventiuno del Código sustantivo; c) Que según el artículo cuatrocientos veinticinco, inciso cuatro, del Código Penal, también se considera funcionario o servidor público a un particular vinculado circunstancial y temporalmente con la Administración pública a través de la administración o custodia de dinero o bienes con destino social, o dispuesta por la autoridad competente, d) Que en el supuesto de los administradores o depositarios de dinero o de bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, dichos sujetos, y específicamente los depositarios judiciales, tienen que ser personas particulares designadas o nombradas con las formalidades del caso, ya que son mandatos u órdenes de la autoridad y no simples actos contractuales, los que confían a dichos sujetos particulares la administración, custodia o el depósito de los bienes o dinero, e) Que la procesada Vigil Pérez tenía la calidad de depositarla judicial según acta de diligencia de embargo con secuestro conservativo del dieciséis de noviembre del dos mil obrante a fojas veintisiete; que, en tal condición, la procesada no se apropió ni utilizó como propios los bienes recibidos, sino que, como se ha acreditado en autos, de modo renuente no acató la resolución judicial de requerimiento del veinte de agosto del dos mil uno, que le señalaba que dentro del tercer día de

Conducta imputada

Problemática respecto a la calificación jurídica

Calidad de funcionario o servidor público

Depositarios judiciales

Calidad y conducta de la procesada

notificada, cumpliera con poner a disposición del Juzgado, los bienes dados en su custodia, tal como consta en fojas treintitrés.

Octavo: Que la prescripción ordinaria de la acción penal opera en un plazo igual al máximo de la pena fijada por ley para el delito, si es privativa de libertad; y a los dos años si el delito es sancionado con pena no privativa de libertad; sin embargo, cuando el plazo ordinario de prescripción de la acción penal es interrumpido por actuaciones del Ministerio Público o del órgano judicial, la acción penal prescribe de modo extraordinario, al cumplirse cronológicamente el plazo de prescripción ordinario más la adición de la mitad de dicho plazo, tal como lo dispone el párrafo in fine del artículo ochentitrés del Código Penal.

Prescripción de la acción penal

Noveno: Que tomando en cuenta el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos *sub iúdice*, esto es el tres de septiembre del dos mil uno, y las penas previstas en la ley para el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad conforme al artículo trescientos noventiuno del Código Penal, es de inferir que el plazo extraordinario de prescripción a la fecha se encuentra vencido en exceso. Que no tratándose de un delito que afecta el patrimonio del Estado, sino el mandato de la autoridad, no es de aplicación el párrafo *in fine* del artículo ochenta para el cómputo de la prescripción.

Vencimiento del plazo extraordinario

Décimo: Que, en consecuencia, habiéndose adecuado la conducta ilícita de la procesada Vigil Pérez al delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, y establecido la diferencia con el delito de peculado por extensión, corresponde otorgar a dicha interpretación jurisprudencial el carácter de precedente vinculante en aplicación de lo autorizado por el inciso uno del artículo trescientos uno-A, del Código de Procedimientos Penales, incorporado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuentinueve; y, estando a las consideraciones antes expuestas;

DECISIÓN

DECLARARON: HABER NULIDAD en la sentencia recurrida de fojas ciento noventisiete, de fecha veinticuatro de mayo del dos mil cuatro que condena a Ana Teresa Vigil Pérez, por el delito de peculado por extensión, y; **REFORMÁNDOLA, DECLARARON: PRESCRITA DE OFICIO** la acción penal contra Ana Teresa Vigil Pérez, por el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, en agravio del Segundo Juzgado de Paz Letrado de Chiclayo y Repuestos Trujillo Sociedad Anónima representado por Ernesto Naveda Sandoval; **MANDARON**: archivar definitivamente el proceso, **DISPUSIERON**:

la anulación de los antecedentes penales y judiciales que se hubieren generado, de conformidad con el Decreto Ley numero veinte mil quinientos setentinueve; **DISPUSIERON**: que la presente Ejecutoria Suprema, constituya precedente vinculante en lo concerniente a la distinción típica del delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, frente al delito de peculado por extensión; **ORDENARON:** que el presente fallo se publique en el diario oficial *El Peruano*; con lo demás que contiene; y los devolvieron.

S. S.
VILLA STEIN / VALDÉZ ROCA / PONCE DE MIER / QUINTANILLA QUISPE / PRADO SALDARRIAGA

4.
RECURSO DE NULIDAD N.º 4500-2005-JUNÍN
LA ESTRUCTURA TÍPICA DEL DELITO DE PECULADO CULPOSO

Recurso de Nulidad	**N.° 4500-2005-Junín**
Fecha	06.09.2007
Procedencia	Segunda Sala Penal Transitoria
Ponente	Martir F. Santos Peña
Tema	La estructura típica del delito de peculado del culposo
Precedente vinculante	f. j. n.°: 4
Concordancia	Código Penal: arts. 80 y 387 Código de Procedimientos Penales: art. 285-A y 301
SUMILLA: El tipo penal de peculado culposo, [...] resulta imputable al sujeto que por falta de control interno [...] actúa con negligencia o culpa en el ejercicio de sus funciones, originando que una tercera persona sustraiga caudales [...] es decir, facilita inconscientemente la comisión de un delito doloso por parte de un tercero	

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N.° 4500-2006
JUNÍN

VISTOS: El recurso de nulidad interpuesto por el encausado Arístides Serpa Ortiz, contra la sentencia condenatoria de fojas mil setecientos noventa y ocho, su fecha catorce de octubre del dos mil cinco; con lo expuesto por el señor fiscal supremo en lo Penal; interviniendo como vocal ponente el señor Santos Peña.

CONSIDERANDO

Primero: Que, los hechos imputados se circunscriben a que la acusada Elvira Magda Limche Quesada, en su condición de encargada de depositar en el Banco de la Nación los recursos, directamente captados, por ingresos propios de la Dirección Regional Agraria de Junín, con

la complicidad de sus co-encausados Arístides Serpa Ortiz y Héctor Segura Mayta que se desempeñaban como tesorero y encargado de la elaboración de las conciliaciones bancarias respectivamente, en la mencionada entidad, se apropió, durante los años mil novecientos noventa y ocho y mil novecientos noventa y nueve, de la suma de cuarenta y cinco mil cincuenta soles. Para tal fin, la encausada adulteró las cantidades a depositar, en cincuenta y tres boletas de depósitos de las cuentas corrientes número cinco nueve nueve ocho ocho siete dos, y número seis uno seis ocho dos cuatro ocho, lo que ha permitido detectar diferencias entre lo que realmente depositaba en el citado Banco y las papeletas de depósitos así adulteradas; asimismo, bajo esta misma modalidad y en complicidad con sus encausados, se habría apropiado de dinero en dólares americanos de la cuenta corriente número cero seis-cero cero cero-cero uno siete cero siete seis de la maquinaria japonesa, de la cuenta corriente número seis-cero cero cero-cero dos cinco uno cuatro uno de la maquinaria china, cuenta corriente número seis- cero cero cero-cero dos siete cero seis tres de los fondos rotarios y de la cuenta corriente de alquiler de maquinaria agrícola.

Segundo: Que, en la sentencia condenatoria se ha concluido que el procesado Serpa Ortiz es responsable de la comisión de delito de peculado en su condición de cómplice primaria y ha reservado el juzgamiento a los reos contumaces Elvira Maga Limache Quesada y Héctor Segura Mayta, bajo el fundamento sustancial, que en la fase preparatoria del hecho delictivo, en forma dolosa ha prestado su plena colaboración a coacusada Limache Quesada para la consumación del delito de peculado en la forma de apropiación indebida de los fondos del Estado, pues como jefe de Tesorería, y por ende de la encausada que laboraba en la oficina bajo su cargo, no verificó la conformidad diaria, o en su defecto mensual, de los ingresos por recursos propios, y los depósitos en las cantidades realmente ingresadas a favor de la entidad agraviada, por lo que, sin ese consentimiento, y consiguiente apoyo en el sistemático obrar de la aludida encausada para apropiarse los caudales, no hubiera sido posible la consumación del delito.

Tercero: Que, el delito de peculado, y consecuentemente su grado de complicidad, exige necesariamente la concurrencia del dolo, requisito *sine qua non* sin el cual no podría configurarse el mismo, de conformidad con el primer párrafo del artículo 387 del Código Penal que establece: "*El Funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años*".

Cuarto: Que, la conducta ilícita del citado encausado, objeto de la acusación, ha sido incorrectamente tipificada por el representante del Ministerio Público, y así asumida por la Sala Superior, pues dicho quehacer únicamente puede subsumirse en el tipo penal de peculado culposo, el cual resulta imputable al sujeto que por falta de control interno —que es precisamente lo que se imputa al citado— actúa con negligencia o culpa en el ejercicio de sus funciones, originando que una tercera persona sustraiga caudales —en este caso—, es decir, facilita inconscientemente la comisión de un delito doloso por parte de un tercero, ello en atención a lo previsto en el tercer párrafo del artículo 387 del Código Penal que tipifica: "*Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos será reprimido* [...]" y, pues igualmente así, lo ha conceptuado el Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil cinco/ CJ-ciento dieciséis, del 30 de setiembre del 2005, al señalar los elementos o componentes típicos del delito de peculado culposo: "[...] *Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando este no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (la culpa del peculado se refiere exclusivamente a sustracciones, no al 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*".

Comportamientos típicos del delito de peculado culposo

Peculado culposo en el AP. 4 – 2005/ CJ-116

Quinto: Que, siendo esto así, resulta procedente la desvinculación de la acusación fiscal a que se refiere el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales, pues esta decisión no afecta el derecho de defensa del procesado, por cuanto la pena contenida en la norma sustantiva acotada le es favorable.

Procedencia de la desvinculación de la acusación fiscal

Sexto: Que, estando a que los hechos imputados al procesado Serpa Ortiz están realmente tipificados, previstos y sancionados en la norma acotada, resulta pertinente señalar que nuestro ordenamiento penal sustantivo establece las formas de extinción de la acción penal, entre ellas, la prescripción que puede deducirse en cualquier estado del proceso, incluso, puede ser resuelta de oficio por el juez; la misma que conforme lo establece el artículo ochenta del Código Penal, opera cuando transcurre un tiempo igual al máximo de la pena fijada por ley para el delito, en tanto que tratándose de funcionarios y servidores públicos, el plazo de prescripción se duplica.

Prescripción de la acción penal en el caso de funcionarios y servidores

Sétimo: Que, desde el momento consumativo del delito (diciembre de mil novecientos noventa y nueve), a la fecha, al haber transcurrido más de ocho años, la acción penal que generó la conducta culposa incriminada al procesado se ha visto afectada extintivamente; toda vez que, consecuentemente, la pena máxima de dos años prevista

Aplicación de la prescripción de la acción penal en el delito de peculado culposo

en el ordenamiento sustantivo, quedó limitada al plazo de seis años, situación jurídica del que emerge el imperativo de amparar, de oficio, la excepción de prescripción.

Octavo: Que, habiéndose establecido la estructura típica del delito de peculado culposo, corresponde otorgar a dicha interpretación jurisprudencial el carácter de precedente vinculante en aplicación de lo autorizado por el inciso 1 del artículo 301 del Código de Procedimientos Penales, incorporado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve.

DECISIÓN

Estando a las consideraciones expuestas. Declararon **HABER NULIDAD** en la resolución recurrida de fojas mil setecientos noventa y ocho, su fecha catorce de octubre de dos mil cinco, en el extremo que condena a Arístides Serpa Ortiz como cómplice primario por el delito de peculado en agravio del Estado representado por la Dirección Regional Agraria de Junín, a dos años de pena privativa de la libertad, suspendida en su ejecución a un año, bajo reglas de conducta; con lo demás que contiene; **REFORMÁNDOLA** declararon, de oficio, extinguida la acción penal por prescripción, incoada contra Arístides Serpa Ortiz, en la instrucción que se le sigue por delito de peculado culposo en agravio del Estado. **MANDARON** archivar definitivamente el proceso en el extremo referido al procesado Serpa Ortiz, así como la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados a consecuencia del presente proceso; **DISPUSIERON** que la presente Ejecutoria suprema constituya precedente vinculante en lo concerniente a los criterios que determinan la estructura del delito de peculado culposo a los que alude el cuarto considerando de esta resolución; **ORDENARON** que el presente fallo se publique en el diario oficial *El Peruano*, y los devolvieron.

S.S.

VILLA STEIN / RODRÍGUEZ TINEO / **SANTOS PEÑA** / ROJAS MARAVI / CALDERÓN CASTILLO

5.
RECURSO DE NULIDAD N.º 1875-2015-JUNÍN
EL DELITO DE COHECHO PASIVO PROPIO: ELEMENTOS CONFIGURATIVOS Y SU PROBANZA

Recurso de Nulidad	**N.º 1875-2015-Junín**
Fecha	12.01.16
Procedencia	Sala Penal Transitoria
Ponente	César San Martín Castro
Tema	El delito de cohecho pasivo propio: Elementos configurativos y su probanza
Jurisprudencia relevante	ff. jj. n.os 8 y 9
Concordancia	Código de Procedimientos Penales: art. 301

SUMILLA:

Configuración del delito de cohecho pasivo propio

La prueba del hecho, desde luego, debe abarcar la existencia del acuerdo previo o pacto venal en orden a aceptar o recibir, solicitar y condicionar un acto funcional a un donativo, promesa o ventaja, la cual incluso debe de precisarse, por lo menos, en sus contornos mínimos que la hagan identificable. Si no se verifica que ninguno de esos medios concurre, sencillamente, el delito no aparece. La simple irregularidad en el acto funcional o que el funcionario se conocía con la parte interesada no es un indicio que permita inferir el delito; además se requiere otro indicio que permita inferir que la irregularidad en la tramitación por parte del funcionario se deba a la existencia de un donativo, promesa o ventaja.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N.º 1875-2015
JUNÍN

Lima, doce de enero del dos mil dieciséis

VISTOS; los recursos de nulidad interpuestos por la defensa de los encausados Guillermo Aponte Lavando y Giovanni Espinoza Gómez contra la sentencia de fojas mil doscientos setenta y uno del veinticinco de junio del dos mil quince, que por mayoría los condenó como cómplice primario y autor, respectivamente, del delito de cohecho pasivo propio en (agravio del Estado — Superintendencia

Nacional de Registros Públicos a cinco años de pena privativa de libertad e inhabilitación por el mismo tiempo de la pena, así como al pago de mil soles que pagarán solidariamente por concepto de reparación civil.

OÍDO el informe oral.

Interviene como ponente el señor San Martín Castro.

FUNDAMENTOS

Primero. Que la defensa del encausado aponte lavando en su recurso formalizado de fojas mil trescientos treinta y uno insta su absolución. alega que no se probó ni motivó de qué manera se habría concertado con su coencausado Espinoza Gómez; que actuó en la creencia que la solicitud de inscripción del título número veinticuatro mil novecientos nueve guión dos mil ocho reunía y cumplía los requisitos formales correspondientes; que no medió en esa inscripción irregularidad ni observación registral alguna; que recién conoció a su coencausado Espinoza Gómez durante el transcurso de este proceso y desconocía lo que habría realizado Manuel Benavides Bonilla; que la falta de competencia para calificar el título por parte de su coencausado no constituye delito ni se acreditó que ofreció dádiva alguna.

Segundo. Que la defensa del imputado Espinoza Gómez en su recurso formalizado de fojas mil trescientos cuarenta y dos solicita la absolución de los cargos. Aduce que del escrito de su coimputado Aponte Lavando, dirigido a él, no se desprende algún tipo de acuerdo de voluntades, tanto más si no respondió al escrito; que la celeridad en la calificación del título considerada como dato para la condena no determina que recibió ventaja material alguna, tanto más si los títulos que recibió los calificó al día siguiente; que a la fecha de la presentación del título no tenía habilitado su usuario como registrador público de predios, lo que recién se produjo el nueve de setiembre de dos mil ocho; que no existen pruebas de coordinaciones previas con su coimputado.

Tercero. Que la sentencia de instancia declaró probado que el encausado Aponte Lavando el día dos de setiembre del dos mil ocho presentó una solicitud de inscripción número veintitrés setenta y cuatro cincuenta y siete de contrato de transferencia de acciones y derechos de cancelación de saldo deudor, de ratificación de contrato A y D, y de aclaración, que generó el número veinticuatro mil novecientos nueve guión dos mil ocho, ante el Registro de Propiedad Inmueble de la Zona Registral número VIII - Sede Huancayo - SUNARP. Ese título, pese a no corresponder al registrador Espinoza Gómez —el competente era el Registrador José Luis Farfán Silva, a quien se le había designado—, le

fue entregado indebidamente por el servidor Benavides Bobadilla al día siguiente, en horas de la mañana -accediendo a un pedido telefónico suyo-, quien lo calificó positivamente ese | mismo día, pese a que carecía de los requisitos formales para la rectificación de área. A su vez, el imputado Aponte Lavando tenía el temor de que se declare la nulidad de su compra-venta y quería apurar la inscripción registral.

Se afirma que medió una conversación y acuerdo previo entre el registrador Espinoza Gómez y el solicitante Aponte Lavando, al punto que el primero recibió una dádiva del segundo.

Cuarto. Que el ex encausado Benavides Bobadilla declaró que recibió una llamada de su coencausado, registrador Espinoza Gómez, para pedirle que le derive el título cuestionado, ingresado ese mismo día, lo que cumplió con hacer, al punto que se lo reasignó. Agrega que no pensó que tal hecho le ocasionase consecuencias lesivas y que no se le ofreció dinero alguno por esa actuación [manifestación de fojas sesenta y seis y declaraciones en sede sumarial y plenarial de fojas trescientos ochenta y siete y seiscientos dos]. Esa versión —del pedido de Espinoza Gómez— la reitera en la confrontación plenarial de fojas seiscientos veintitrés.

Quinto. Que el encausado Espinoza Gómez acota que se le derivó el título número veinticuatro mil novecientos nueve y lo calificó como correspondía; que no encontró en ese título alguna incorrección ni aspectos materia de observación registral, y no se ha explicado tal hecho en los procedimientos administrativo disciplinarios; que no habló con su coimputado Benavides Bobadilla y que el título le correspondía porque el día en que se le entregó el título tenía habilitado el registro de predios y de personas jurídicas [declaraciones de fojas trescientos setenta y siete, seiscientos catorce y mil ciento setenta y siete].

Sexto. Que el acusado Aponte Lavando afirma que el dos de setiembre de dos mil ocho presentó la inscripción del título veinticuatro mil novecientos nueve a la SUNARP; que no conoce a su coimputado Espinoza Gómez; que no hizo entrega alguna de dinero a algún servidor o funcionario de Registros Públicos [declaración plenarial de fojas mil ciento ochenta y tres].

Séptimo. Que es evidente, primero, que a la fecha de los hechos no correspondía la calificación del título número veinticuatro mil novecientos nueve al encausado Espinoza Gómez, lo que fluye de la reunión de coordinación del día veintinueve de agosto del dos mil ocho, que da cuenta el Informe de fojas setenta y tres. Segundo, que mediante un procedimiento irregular el ex encausado Benavides

Bobadilla se reasignó la calificación del referido título al citado procesado Espinoza Gómez, lo que se colige no solo de la propia versión de Benavides Bobadilla sino de las declaraciones del Registrador Farfán Silva y de los servidores Alania Vílchez y Ramos Arteaga [declaraciones sumariales de fojas trescientos sesenta y siete, trescientos sesenta y cinco y trescientos cuarenta y siete]. Tercero, que el imputado Espinoza Gómez quiso calificar ese título, para lo cual telefónicamente le pidió a Benavides Bobadilla que se lo reasignase —dato que se desprende no solo de la versión uniforme de este último, quien no tenía motivos para implicarlo gratuitamente, sino de la versión de los otros tres testigos ya mencionados, así como de la declaración del servidor de Informática Fabián Salinas de fojas mil ciento sesenta y cinco—. Cuarto, que tal situación no hace sino reflejar, en vía de inferencia razonable, que para que ello ocurra medió algún tipo de vinculación con el beneficiario de la calificación, encausado Aponte Lavanto, tanto más si ésta salió positiva y se efectuó inmediatamente, el mismo día de su entrega, aunque un contraindicio sólido es el mérito del documento de fojas novecientos doce que da cuenta que generalmente el registrador calificaba los títulos de manera inmediata; sin disponer incluso su previa derivación al área de catastro [véase Informe del Jefe de la Unidad Registral de Huancayo de fojas ochocientos noventa y nueve].

Octavo. Que la forma y circunstancias en que se produjo el ingreso del título cuestionado, el trámite interno que siguió y su inmediata calificación, por un Registrador Público, a quien no le correspondía el conocimiento del título, revelan una conducta indebida por parte de los encausados Aponte Lavanto y Espinoza Gómez. Sin embargo, el delito de cohecho pasivo propio exige que el funcionario o servidor público solicite o acepte donativo, promesa o cualquier ventaja para la realización de un acto funcional indebido.

La prueba del delito de cohecho pasivo propio

La prueba del hecho, desde luego, debe abarcar la existencia del acuerdo previo o pacto venal en orden a aceptar o recibir, solicitar y condicionar un acto funcional a un donativo, promesa o ventaja, la cual incluso debe de precisarse, por lo menos, en sus contornos mínimos que la hagan identificable. Si no se verifica que ninguno de esos medios concurre, sencillamente, el delito no aparece [Conforme: SALINAS SICCHA, Ramiro: Delitos contra la Administración Pública, Ed. Grijley, Lima, dos mil nueve, página cuatrocientos sesenta y cuatro].

Podrá adecuarse la conducta al tipo legal de abuso de autoridad —ya prescrita en el presente caso—, pero no es de rigor efectuar una determinación alternativa atento a lo anterior y porque no se advierte la presencia de otra figura delictiva homogénea.

Noveno. Que, en el presente caso, ¿Es suficiente con tal finalidad, ante la inexistencia de prueba directa, la irregularidad del trámite y la rápida aceptación de a inscripción del título? ¿Sólo se explica esta conducta por la solicitud o aceptación de un donativo, de una promesa o de cualquier ventaja?

La patente irregularidad del trámite y de la inscripción consiguiente no es unívoca para concluir que si lo anterior se dio fue porque medió un donativo, promesa o ventaja. Muchas causalidades pueden determinarla. Es cierto que los imputados Aponte Lavanto y Espinoza Gómez aducen que no se conocían —lo que, empero, no tiene base para admitirla como cierta—, pero no existe otro indicio que permita inferir que la calificación del título se debió a la existencia de un donativo, promesa o ventaja. Ni siquiera se sabe en qué consistió el donativo, la promesa o la ventaja, ni cuál de ellas fue y en qué dimensión y características. Incluso ninguno de los imputados habló de un donativo, promesa o ventaja; y, tampoco, los testigos han declarado en ese sentido.

Indicios no son plurales ni unívocos en el caso concreto

Siendo así, por falta de pruebas o, en todo caso, duda razonable —en tanto equilibrio de pruebas de cargo y de descargo que impiden un juicio de condena—, debe dictarse sentencia absolutoria, de conformidad con el artículo 301° primer párrafo del Código de Procedimientos Penales. El recurso defensivo debe estimarse y así se declara.

Duda razonable y sentencia absolutoria

DECISIÓN

Por estas razones, con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal: declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil doscientos setenta y uno, del veinticinco de junio de dos mil quince, que por mayoría condenó a GUILLERMO APONTE LAVANDO y GIOVANNI ESPINOZA GÓMEZ como cómplice primario y autor, respectivamente, del delito de cohecho pasivo propio en agravio del Estado — Superintendencia Nacional de Registros Públicos a cinco años de pena privativa de libertad e inhabilitación por el mismo tiempo de la pena, así como al pago de mil soles que pagarán solidariamente por concepto de reparación civil; reformándola en este extremo: los **ABSOLVIERON** de la acusación fiscal formulada contra ellos por dicho delito en agravio del Estado — Superintendencia Nacional de Registros Públicos. En consecuencia, **ORDENARON** se archive lo actuado definitivamente en este extremo, se anulen sus antecedentes policiales y judiciales, y disponga su inmediata libertad, que se ejecutará siempre y cuando no exista mandato de detención o prisión preventiva dictada en su contra por autoridad competente; oficiándose. **MANDARON** se remita la causa al Tribunal de origen para los fines de ley. Hágase saber a las partes personadas en esta sede suprema. Interviene el señor juez supremo Cesar Hinostroza Pariachi por licencia del señor juez supremo Víctor Prado Saldarriaga.

Sres. SAN MARTÍN CASTRO /SALAS ARENAS /BARRIOS ALVARADO /HINOSTROZA PARIACHI /PRINCIPE TRUJILLO

6.
CASACIÓN N.º 782-2015-DEL SANTA
LA NATURALEZA Y EL OBJETO DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Casación	**N.º 782-2015-Del Santa**
Fecha	06.07.2016
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponente	Javier Villa Stein
Tema	El patrimonio como objeto del delito de enriquecimiento ilícito
Doctrina jurisprudencial vinculante	ff. jj. n.os 2-13
Concordancia	Código Penal: art. 401

SUMILLA:

6. [...]. Así tenemos que dicha figura [delito de enriquecimiento ilícito] es un tipo subsidiario que se imputa al funcionario o servidor público a quien no se le puede imputar otro delito específico, pero que ha incrementado su patrimonio de modo irrazonable en relación a sus ingresos lícitos. De allí que al no poderse explicar de ninguna otra manera el origen lícito del incremento patrimonial del funcionario o servidor público, se entiende que ese superávit económico obedece a algún tipo de abuso —uso indebido— del cargo que ostenta.

7. Pues bien, resulta que el delito de enriquecimiento ilícito siempre ha conservado en su estructura —a excepción de la primera redacción del artículo— un elemento: el incremento patrimonial del funcionario. Esto implica dos condiciones, la primera que exista un incremento del patrimonio; y la segunda que dicho patrimonio aumentado sea del funcionario o servidor público.

8. A simple vista parecería que todo es claro. Cuando el incremento del patrimonio sea de un tercero distinto al funcionario o servidor público investigado, el delito no se configura. Sin embargo una solución así de tajante podría resultar demasiado simplista y ajena a la realidad. Lo cierto es que la experiencia nos enseña que si alguien se enriquece abusando de su cargo público, tendrá la inclinación a no permitir que el dinero mal habido figure a su nombre. Esto normalmente lo perseguirá incrementando el patrimonio de otra persona de modo simulado, ejerciendo el dominio de los bienes de facto. Es decir, empleará testaferros.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 782-2015
DEL SANTA

SENTENCIA CASATORIA

Lima, miércoles seis de julio de dos mil dieciséis

I. VISTOS

En audiencia pública; el recurso de casación concedido de oficio para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial por infracción normativa—inc. 11 del art. 139 y art. 103 de la Constitución Política del Estado y art. 25. 26 y 401 de Código Penal—, respecto de la sentencia —fojas 733— del veintidós de septiembre del dos mil quince, que confirmó la sentencia apelada —fojas 378— del dos de junio del dos mil quince, que condenó a los citados procesados como autora y cómplice primario respectivamente, del delito contra la administración pública-enriquecimiento ilícito en agravio del Estado, y como tales les impuso siete años de pena privativa de libertad, los inhabilitó por tres años para ejercer función pública, y fijó en S/. 1 028 703. 44 soles el monto que por concepto de reparación civil que deberán abonar en forma solidaria.

Interviene corno ponente el señor juez supremo Villa Stein.

A. Imputación fáctica —hechos—

Se imputa a la señora Amelia Victoria Espinoza García, que en su condición de regidora, teniente alcaldesa y alcaldesa entre los años de 1999 al 2002 y del 2007 al 2010, haberse enriquecido valiéndose de una relación o núcleo familiar y en la cuenta de su presunto esposo en la cantidad de S/. 1 028 703.44 soles, que se tiene la prueba de las cuentas del señor Wuilmer Agapito Vásquez, para ocultar la sociedad económica que mantenían y no pudieron ocultar el dinero que apareció repentinamente en las indicadas cuentas bancarias, cuando la imputada ejercía el cargo de regidora y después de alcaldesa.

B. Itinerario del proceso

B.1. Primera Instancia

1. El señor Fiscal Provincial de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del distrito judicial Del Santa —fojas 02— formuló su requerimiento de apertura ajuicio (acusación), en contra de Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez, como autora y cómplice del delito contra la administración pública-enriquecimiento ilícito —art. 401 del Código Penal— en agravio del Estado.

2. Con fecha 04 de noviembre del 2014 —fojas 08— el Primer Juzgado de investigación preparatoria de Chimbote realizó el control de acusación. Posteriormente, dictó auto de enjuiciamiento —fojas 12— en contra de Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez, como autora y cómplice

del delito contra la administración pública-enriquecimiento ilícito —art. 401 del Código Penal— en agravio del Estado.

3. El día 19 de noviembre del 2014, el Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia Del Santa emitió el auto de citación a juicio —fojas 10—. Tras la realización del juicio oral, dictó sentencia el 02 de junio de 2014 —fojas 378— condenando a los procesados Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez, como autora y cómplice del delito contra la administración pública-enriquecimiento ilícito —art. 401 del Código Penal— en agravio del Estado, y como tales les impuso siete años de pena privativa de libertad, los inhabilitó por tres años para ejercer función pública, y fijó en S/. 1' 028 703. 44 soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar en forma solidaria.

2.2. Segunda instancia

4. Contra la citada sentencia, la defensa de los procesados Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez interpuso recurso de apelación —a fojas 467— solicitando la absolución de sus patrocinados por no haberse encontrado desbalance patrimonial en Amelia Victoria Espinoza García, no haberse valorado correctamente la prueba, haberse aplicado incorrectamente el artículo 401, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, inaplicación del principio in dubio pro reo, vulneración al derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y al debido proceso.

5. El Primer Juzgado Penal Unipersonal Del Santa por resolución del 12 de junio del 2015 —fojas 525— admitió los recursos de apelación interpuestos por la defensa de los procesados Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez; mediante resolución del 22 de julio del 2015 —fojas 578—la Sala Penal de Apelaciones Del Santa señaló fecha para la audiencia de apelación de sentencia, la que se realizó conforme al acta del 24 de agosto del 2015 —fojas 599— y su continuación —fojas 641— con la intervención del representante del Ministerio Público, el actor civil, los procesados Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez y sus respectivos abogados defensores.

6. El día 22 de septiembre de 2015 —fojas 733—, la Sala Penal de Apelaciones Del Santa dictó sentencia de vista declarando infundados los recursos de apelación interpuestos por los procesados Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez; confirmaron la sentencia el 2 de junio del 2014 —fojas 378— que falló condenando a los procesados Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez, como autora y cómplice del delito contra la administración pública-enriquecimiento ilícito —art. 401 del Código Penal— en agravio del Estado, y como tales les impuso siete años de pena privativa de libertad, los inhabilitó por tres años para ejercer función pública, y fijó en S/. 1' 028 703. 44 soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar en forma solidaria.

C. Recurso de casación interpuesto por la defensa de los procesados Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez

7. El Tribunal Superior por resolución del 13 de octubre del 2015 —fojas 939— concedió el recurso de casación interpuesto por la defensa de los Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez. Este supremo tribunal, mediante el auto de calificación del recurso de casación del 04 de marzo del 2016 —fojas 189 del cuaderno de casación formado en esta instancia— declaró de oficio bien concedidos los recursos de casación interpuestos por la defensa técnica de los procesados Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial por infracción normativa —inc. 3 y 11 del art. 139 de la Constitución Política del Estado y art. 26 y 401 del Código Penal—.

8. Deliberada la causa en secreto y votada el día 6 de julio del 2016, esta Sala Suprema emitió la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública —con las partes que asistan— se realizará por la secretaria de la sala el día 12 de julio del 2016, a las 8:30 horas.

II. FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

A. Tema a dilucidar

1. Verificar si existe infracción normativa de los incisos 3 y 11 del artículo 139 de la Constitución Mítica del Estado y de los artículos 26 y 401 del Código Penal.

B. Motivo Casacional: Infracción normativa de los artículos 25, 26 y 401 del Código Penal y del inciso 11 del artículo 139 y 103 de la Constitución Política del Estado

2. A la fecha en que es redactada la presente sentencia, se tiene como precedente la sentencia recaída en la Casación N.° 343-2012 del 16 de abril del 2013[1]. En esta última se desarrollaron parte de los temas que hoy nos ocupan, siendo la solución a la que arribaron coincidente con el criterio de este supremo tribunal. Por tanto, aquello que ya ha sido objeto de análisis en la misma, no será analizado sino para complementar algo en la presente sentencia.

3. Una de las conclusiones más importantes a las que se arribó en la Casación N.° 343-2012 fue el contenido de la prohibición del delito

1 Sentencia recaída en la Casación N.° 343-2012 del 16 de abril del 2013, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Proceso seguido contra Aturo Ernesto Marquina Gonzales por el delito de enriquecimiento ilícito en agravio del Estado. Documento localizable en la página web http://apps.pj.gob.pe/cejSuprema/ colocando el número y año del recurso de casación y la Sala Suprema que la dictó.

de enriquecimiento ilícito del artículo 401 del Código Penal, no ha variado en su núcleo esencial a lo largo del tiempo pese a haberse variado la terminología empleada en sus sucesivas modificatorias[2]. En buena

2 Evolución del artículo 401 del Código Penal.-

"Enriquecimiento ilícito

Artículo 401.- El funcionario o servidor público que, por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito, cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos, por cualquier otra causa ilícita. **(1) (2)**

(1) Párrafo incorporado por el artículo 7 de la Ley N.° 27482, publicada el 15-06-2001

(2) Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley N.°28355, publicada el 06-10-2004, cuyo texto es el siguiente:

"**Artículo 401.- Enriquecimiento ilícito**

El funcionario o servidor público que ilícitamente incrementa su patrimonio, respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

Si el agente es un funcionario público que haya ocupado cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública o empresas estatales, o esté sometido a la prerrogativa de antejuicio, y la acusación constitucional, la pena será n menor de ocho ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita".

(*)Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley N.° 29703, publicada el 10 de junio del 2011, cuyo texto es el siguiente:

"**Artículo 401.- Enriquecimiento ilícito**

El funcionario o servidor público que, durante el ejercicio de sus funciones, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto a sus ingresos legítimos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez

Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública o empresas estatales, o está sometido a la prerrogativa de antejuicio, y la acusación constitucional, la pena será no menor de ocho ni mayor de dieciocho años. Se considera que existe indicio de enriquecimiento

cuenta, la norma de conducta[3] de la norma penal ha permanecido en el tiempo.

---

ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita". (*)

(*)Artículo modificado por el artículo único de la Ley N.° 29758, publicada el 21 de julio del 2011, cuyo texto es el siguiente:

"**Artículo 401.- Enriquecimiento ilícito**

El funcionario o servidor público que, que abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto a sus ingresos legítimos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez

Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa de antejuicio, y la acusación constitucional, la pena será no menor de diez ni mayor de quince años.

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita". (*)

(*)Artículo modificado por el artículo único de la Ley N.° 30111, publicada el 26 de noviembre del 2013, cuyo texto es el siguiente:

El funcionario o servidor público que, que abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto a sus ingresos legítimos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa de antejuicio, y la acusación constitucional, la pena será no menor de diez ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita". (*)

3 En este sentido el profesor García Cavero indica: "La norma de conducta asume, por lo general, la forma de una prohibición (norma de prohibición), en medida que proscribe la realización de determinadas conductas lesivas. García Cavero, Percy, *Derecho penal. Parte general.* Segunda edición. Lima: Jurista editores, 2012, p.73.

4. Ello tuvo especial eco al momento de abordar la locución introducida por la última modificatoria del 26 de noviembre del 2013, esto es el "abusando de su cargo". A primera vista pareciera que se ha condicionado el enriquecimiento ilícito a un uso indebido del cargo de funcionario público. Sin embargo, una interpretación a ultranza de esto podría concluir en que el supuesto de hecho ahora no se limita al patrimonio del funcionario o servidor público incrementado de modo injustificado.

5. No obstante, la Casación N.° 343-2012 también abordó ese tema, y haciendo un análisis histórico del tipo penal del artículo 401, determinó que la locución "abusando de su cargo" era el equivalente a "por razón de su cargo". Es decir que hacen referencia al vínculo funcional que debe estar presente al momento en que acontece el enriquecimiento ilícito.

6. Esta explicación se ve reforzada al hacer un análisis teleológico del delito de enriquecimiento ilícito. Así tenemos que dicha figura es un tipo subsidiario que se imputa al funcionario o servidor público a quien no se le puede imputar otro delito específico, pero que ha incrementado su patrimonio de modo irrazonable en relación a sus ingresos lícitos. De allí que al no poderse explicar de ninguna otra manera el origen lícito del incremento patrimonial del funcionario o servidor público, se entiende que ese superávit económico obedece a algún tipo de abuso —uso indebido— del cargo que ostenta[4].

Enriquecimiento ilícito: delito subsidiario

7. Pues bien, resulta que el delito de enriquecimiento ilícito siempre ha conservado en su estructura —a excepción de la primera redacción del artículo— un elemento: el incremento patrimonial del funcionario. Esto implica dos condiciones, la primera que exista un incremento del patrimonio; y la segunda que dicho patrimonio aumentado sea del funcionario o servidor público.

"Incremento patrimonial del funcionario"

8. A simple vista parecería que todo es claro. Cuando el incremento del patrimonio sea de un tercero distinto al funcionario o servidor público investigado, el delito no se configura. Sin embargo una solución así de tajante podría resultar demasiado simplista y ajena a la realidad. Lo cierto es que la experiencia nos enseña que si alguien se enriquece abusando de su cargo público, tendrá la inclinación a no permitir que el dinero mal habido figure a su nombre. Esto normalmente lo

El empleo de testaferros

4 En esta línea, SALINAS SICCHA indica que: "Se entiende por abuso de cargo aquella situación que se produce cuando el sujeto público hace mal uso del cargo de la administración pública le ha confiado con la finalidad de obtener beneficio patrimonial", SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la Administración pública*. Segunda. Lima: Grijley, 2011, p.608.

perseguirá incrementando el patrimonio de otra persona de modo simulado, ejerciendo el dominio de los bienes de facto. Es decir, empleará testaferros.

9. En esta hipótesis lo que tenemos es que el autor del enriquecimiento ilícito estaría realizando de mano propia el delito de enriquecimiento ilícito por cuanto en realidad incrementa sus bienes disimulándose como no propietario. Por tanto, en estos supuestos se tendrá que probar dicha simulación. La pregunta que inmediatamente nos asalta es qué tipo de intervención delictiva es atribuible al testaferro.

¿Prueba de simulación?

10. El artículo 26 del Código Penal[5] recoge la tesis de la ruptura del título de imputación[6].Esto significa que en los delitos especiales, el status del autor impide que se pueda imputar responsabilidad penal a otra persona distinta de él. La razón estriba en que los delitos especiales criminalizan conductas que solo pueden desplegar ciertos sujetos, y de hechos el disvalor de la conducta esta en condición especial que tiene la persona. Si lo que permite sancionar es esa condición particular del agente, todo aquel que no la tenga escapa al radio punitivo de la norma por aplicación del principio de legalidad.

Ruptura del título de imputación

11. Así las cosas, el artículo 25 del Código Penal[7] que prevé la complicidad para quien realiza un aporte esencial, en el caso del cómplice primario; u no esencial, en el caso del cómplice secundario, resulta de imposible aplicación al delito de enriquecimiento ilícito. La razón hunde sus raíces en lo ya expresado, nadie más que el sujeto con *status* puede quebrantar la norma de conducta, y todo apoyo aporte que reciba escapará al radio punitivo de la norma que solo pretende alcanzar a un sujeto con condiciones especiales. La misma lógica se puede aplicar a la inducción.

Complicidad

12. Finalmente, llama la atención que en la redacción actual del artículo 401 del Código Penal, se dice que el aumento del patrimonio o del gasto del *funcionario público* son *indicios* de enriquecimiento ilícito. Esta parte del tipo penal no configura la conducta típica, lo que ha hecho es introducir como indicio notable el incremento del patrimonio o el

5 Artículo 26 del Código Penal.- "Las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de algunos de los autores y participes no modifican las de los otros autores o participes del mismo hecho punible".

6 Cfr. Villa Stein, Javier, *Derecho penal. Parte general*, Cuarta edición. Lima: Ara editores, 2014, p.394.

7 Artículo 25 del Código Penal.- "El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiera perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor".

gasto del funcionario. Sin embargo de la literalidad de esta norma, se desprende que como indicio que es, no es prueba de enriquecimiento ilícito, sino que tendrá que reunir todas las reglas de la prueba indiciaria para desplegar eficacia probatoria.

Indicios de enriquecimiento ilícito

13. Cabe precisar al respecto, que el indicio de incremento patrimonial o del gasto es indicio si se predican de un funcionario o servidor público. Y en su condición de indicio[8], no prueba los hechos, sino que abre la posibilidad a su posterior investigación y ahondamiento con pruebas capaces de confirmar los hechos materia de imputación. Ello debido a que el derecho constitucional a la presunción de inocencia se mantiene imponiendo la carga de la prueba al Ministerio Público[9]. Este indicio solo se le puede aplicar al funcionario o servidor público, no operará cuando se trate de un tercero que pudiera tener algún tipo de relación con el funcionario o servidor público investigado por el delito de enriquecimiento ilícito.

Indicio de incremento patrimonial

14. Toda vez que se ha determinado que la conducta criminalizada no ha variado sustancialmente en el tiempo, las variaciones que ha sufrido el artículo 401 del Código Penal difícilmente pueden vulnerar el inciso 11 del artículo 139 de la Constitución. Por ende, el debido proceso resguardado en el inciso 3 de la misma norma constitucional que actúa como derecho continente y el artículo 103, tampoco tendrían porque verse afectados salvo que el caso concreto exigiera un análisis más exhaustivo de la subsunción de los hechos a la norma penal del artículo 401 del Código Penal.

C. Análisis del caso concreto

15. El caso que nos ocupa presente una imputación fáctica relativamente simple, Amelia Victoria Espinoza García habría incrementado su patrimonio abusando de su cargo como regidora, teniente alcaldesa y alcaldesa, pero habría disimulado dicho superávit empleando a su pareja sentimental Wuilmer Agapito Vásquez a quien habría utilizado a modo de testaferro. Por tanto corresponde determinar, desde la verdad judicial ya establecida en el presente proceso, si los hechos se subsumen o no

8 Conviene tener una definición del mismo: "Indicio es la circunstancia o antecedente que autoriza fundar una opinión sobre la existencia del hecho". FERREYRA, Juan José, *Indicios y presunciones judiciales.* [aut. libro] MIDÓN, Marcelo Sebastián y otros, *Tratado de la prueba,* Argentina: Librería de La Paz, 2007, p.697. Nótese que a lo que da pie el indicio es a la formación de una opinión.

9 Eso también fue señalado, con gran acierto, por la Sala Penal Superior en la sentencia impugnada.

en el artículo 401 del Código Penal y si se puede atribuir intervención delictiva a los procesados.

16. A la luz de lo expuesto hasta ahora, la respuesta al caso ya se vislumbra. El uso de testaferros para configurar el delito de enriquecimiento ilícito es un tema probatorio, que en el presente caso se llegó a postular tal como se aprecia de la imputación fáctica recogida por la sentencia de vista. El problema es que como la misma reconoce, no se ha podido probar que la procesada Amelia Victoria Espinoza García haya transferido los bienes (sobre todo dinero) que figuraban en el patrimonio de Wuilmer Agapito Vásquez.

17. La tesis que se ha esgrimido para condenar a estos procesados es que su relación, de la cual tuvieron como fruto una hija, nos permite inferir que el incremento injustificado del patrimonio de Wuilmer Agapito Vásquez es en realidad de Amelia Victoria Espinoza García. Una propuesta así supone un enorme riesgo para la seguridad jurídica del país en tanto de los vínculos que tienen los funcionarios y servidores públicos no se puede inferir todo lo negativo.

18. En el caso que nos ocupa los procesados tenían una relación sentimental y de allí es que la Sala Superior entiende que el desbalance patrimonial de quien no es funcionario público proviene de un abuso del cargo de quien sí fue funcionaria pública. Las relaciones entre las personas, y ello incluye las amicales, no prueban nada distinto el vínculo mismo. Deducir otra cosa a partir de ellas es un salto lógico que vulnera las reglas de la sana crítica en su manifestación de reglas de la lógica.

19. En consecuencia, la verdad judicial que se ha alcanzado esto es que Agapito Vásquez incrementó su patrimonio injustificadamente, no es el supuesto de hecho criminalizado en el artículo 401 del Código Penal. Y en la medida en que no se ha probado que el mismo haya sido testaferro de Amelia Victoria Espinoza García, no existe otra posibilidad de subsumir los hechos en la norma penal imputada. Por lo tanto no es posible atribuir responsabilidad a los procesados Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez.

20. En relación a la reparación civil fijada, se debe señalar que la misma tiene como fundamento, en el caso concreto, el daño causado a la administración pública producto del enriquecimiento ilícito. Esto significa que la conducta ilícita de los procesados era lo que permitía sostener la existencia de un daño indemnizable. Al haberse descartado el carácter ilícito de su proceder, debe también descartarse la posibilidad de que se genere responsabilidad civil a partir del mismo.

Por estos fundamentos declararon:

III. DECISIÓN

I. FUNDADO el recurso de casación concedido de oficio para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial por infracción normativa —inc. II del art. 139 y 103 de la Constitución Política del Estado y art. 25, 26 y 401 del Código Penal—.

II. CASARON la sentencia —fojas 733— del veintidós de septiembre de dos mil quince, que confirmó la sentencia apelada —fojas 378— del dos de junio de dos mil quince, que condenó a Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez como autora y cómplice primario respectivamente, del en agravio del Estado, y como tales les impuso siete años de pena privativa de libertad, los inhabilitó por tres años para ejercer función pública, y fijó en S/. 1' 028 703. 44 soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar en forma solidaria; actuando en sede de instancia y emitiendo pronunciamiento sobre el fondo **REVOCARON** la sentencia del dos de junio del dos mil quince que condeno a Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez por el delito contra la Administración pública-enriquecimiento ilícito en agravio del Estado, reformándola, **ABSOLVIERON** a los citados procesados por el delito y agraviado en mención.

III. ORDENARON el levantamiento de las órdenes de ubicación y captura emitidas contra los procesados Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez, así como la anulación de los antecedentes policiales y judiciales que se hubieran generado en razón del presente proceso.

IV. MANDARON que la Sala Penal de Apelaciones Del Santa y las demás cortes superiores de los distritos judiciales que aplican el Nuevo Código Procesal Penal, consideren ineludiblemente como doctrina jurisprudencial vinculante lo señalado en los fundamentos jurídicos contenidos en los numerales de dos (2) al trece (13) —motivo casacional: infracción normativa de los artículos 25, 26 y 401 del Código Penal y del inciso 3 del artículo 433 del Código Procesal Penal; y se publique en el diario oficial *El Peruano*.

V. ORDENARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de rigen y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema; notifíquese.

Sres. VILLA STEIN /RODRÍGUEZ TINEO /PARIONA PASTRANA /HINOSTROZA PARIACHI / NEYRA FLORES

II.
DISPOSICIONES COMUNES

1.
CASACIÓN N.º 634-2015-LIMA
EL ALCANCE DE LAS NORMAS INTERNACIONALES EN EL DERECHO INTERNO

Casación	**N.º 634-2015-Lima**
Fecha	28.06.2016
Procedencia	Sala Penal Transitoria
Ponente	César San Martín Castro
Tema	El alcance de las normas internacionales en el derecho interno.
Doctrina jurisprudencial relevante	ff. jj. n.os 5 y 6
Concordancia	Código Penal: art. 425.3 Código Procesal Penal: arts. 384 y 425 Constitución Política del Perú: art. 55 Ley que modifica el artículo 425 del Código Penal, referido al concepto de funcionario o servidor público

SUMILLA:

Falta de interés casacional

Bajo lo establecido por la Convención Interamericana contra la Corrupción, a la cual estamos suscritos y vigente al momento de los hechos objeto de inculpación formal, se entenderá que el gerente general de EMMSA es funcionario público para los efectos penales; y las funciones de regulación y servicios que desarrollaba esa empresa pública integran la noción de servicios públicos. Siendo así este es sujeto activo del delito de colusión; así como los cómplices.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
CASACIÓN N.º 634-2015
LIMA

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintiocho de junio de dos mil dieciséis

VISTOS; el recurso de casación interpuesto por el encausado MARCELO CICCONI, contra el auto de vista de fojas ochenta y nueve, de cinco de agosto de dos mil quince, que confirmando el auto de primera instancia de fojas treinta y cinco, de treinta de abril de dos mil quince, y declaró infundada la excepción de improcedencia de acción que dedujo; en la investigación preparatoria que se le sigue por el delito de colusión en agravio del Estado.

OÍDO el alegato oral de la defensa del imputado.

Interviene como ponente el señor San Martín Castro.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero. Que, tanto el Juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Lima cuanto la Sala de Apelaciones de Lima, declararon infundada la excepción de improcedencia de acción que dedujo el encausado Marcelo Cicconi; y, como tal, ordenaron que continúe la causa según su estado [autos de fojas treinta y cinco y ochenta y nueve, de treinta de abril de dos mil quince y cinco de agosto de dos mil quince, respectivamente.

Segundo. Que la imputación por el delito de colusión en calidad de cómplice, formulada contra el encausado Marcelo Cicconi, estriba en que, en su condición de Gerente de la empresa RE-LIMA Ambiental Sociedad Anónima, se concertó ilegalmente con el gerente general de la Empresa Municipal de Mercados Sociedad Anónima —en cuanto empresa del Estado de derecho privado (Municipalidad Metropolitana de Lima)—, para que la empresa que dirige preste servicios de limpieza en el Gran Mercado Mayorista de Lima, como en efecto ocurrió. No medió, según los cargos, requerimiento previo, términos de referencia o cualquier otra formalidad documentaría que revelara el cumplimiento de las reglas jurídicas correspondientes y de las condiciones de una contratación razonable para los intereses de la colectividad. Los hechos se produjeron entre el dieciocho de setiembre de dos mil doce y dieciocho de abril de dos mil trece.

Tercero. Que el encausado Marcelo Cicconi, en su escrito de excepción de improcedencia de acción de fojas uno, de dieciocho de lebrero de dos mil quince, y en su escrito de recurso de apelación de fojas cuarenta y ocho, de dieciocho de mayo del mismo año. sostiene uniformemente que se han vulnerado los principios de legalidad y de accesoriedad al atribuírsele un comportamiento típico, ya que la falta

de un requerimiento previo, de términos de referencia o cualquier otra formalidad documentaría, solo podría haber generado una infracción administrativa, pero no un delito; que no es ilegal que las áreas técnicas operacionales de ambas empresas realicen coordinaciones de cara a la mejor satisfacción de la necesidad del servicio de limpieza pública, sobre todo si estas se efectuaron luego de un acto de conformidad con el servicio manifestado por EMMSA; que no ha existido un acuerdo clandestino entre las partes, ni acto de ayuda alguna de su parte para la comisión del delito; que, con relación a la determinación del concepto de funcionario público, los cargos se sustentan en normas internacionales y se aplicó retroactivamente una norma penal desfavorable, esto es, la Ley número 30124.

Cuarto. Que el Juez de Investigación Preparatoria, en el auto de fojas treinta y cinco, de treinta de abril de dos mil quince, estimó que el encausado Arenas Lizana, gerente general de EMMSA, es funcionario público, no por aplicación 1e la Ley número 30124, posterior a la fecha de los hechos, sino que se aplicaron normas internacionales —como la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada mediante Resolución Legislativa número veintiséis mil setecientos cincuenta y seis, y ratificada mediante Decreto Supremo número cero doce guión noventa y siete guión RE, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada mediante Resolución Legislativa número veintiocho mil trescientos cincuenta y siete, y ratificada mediante Decreto Supremo número cero setenta y cinco guión dos mil cuatro guión RE—; tratados que forman parte de nuestro ordenamiento legal, por lo que resultan aplicables sus disposiciones en este ámbito, en atención a lo dispuesto por el artículo 425, inciso 6, del Código Penal. En tal virtud, no es necesario que la condición de servidor o funcionario público de las empresas del Estado o Sociedades de Economía Mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, conste de manera expresa en nuestra normatividad penal.

Concepto de funcionario público en normas internacionales

Quinto. Que, por su parte, el Tribunal Superior en el auto de vista de fojas ochenta y nueve, de cinco de agosto de dos mil quince, compartió la apreciación del Juez de Investigación Preparatoria, así como lo sostenido por el Fiscal Superior y el Procurador Público en la audiencia de apelación. Reitera que no resulta válido afirmar que debe comprenderse a los trabajadores de las empresas del Estado o Sociedades de Economía Mixta como funcionarios públicos a partir de la Ley número 30124, ya que teniéndose en cuenta el bien jurídico tutelado en esta norma penal, concuerda con los lineamientos establecidos en las normas internacionales antes mencionadas, las mismas que forman

parte del derecho nacional, de acuerdo con lo previsto en el artículo 55 de la Constitución Política del Estado.

Sexto. Que si se toma en cuenta el recurso de casación del encausado Marcelo Cicconi de fojas ciento cuatro, de veintiuno de agosto de dos mil quince, en concordancia con lo expresamente aceptado de sus términos por la Ejecutoria Suprema de fojas cuarenta y ocho del cuadernillo de casación, de seis de noviembre de dos mil quince, lo que es materia de dilucidación en sede casacional es lo que a continuación se expone:

A. El motivo de casación está vinculado a la vulneración de precepto constitucional —principio de irretroactividad de la ley penal— y concurrentemente, a la causal de infracción de ley material: retroactividad de un lado y tipicidad positiva de otro lado —del tipo legal contenido en el artículo 384 del Código Penal— (artículo 429 numerales 1 y 3, del Nuevo Código Procesal Penal).

B. La denuncia procesalmente relevante en sede de casación estriba en la necesidad de que exista un pronunciamiento acerca del alcance que tienen las normas internacionales en el derecho interno, tanto para extender los efectos de las normas penales internas cuanto para determinar la fecha de su vigencia. En esa línea se reclama una determinación acerca del momento en que un servidor de una empresa del Estado esté incluido en las disposiciones penales sobre colusión.

C. Como se trata de un acceso excepcional al recurso de casación por la vía del artículo 427 numeral 4, del Nuevo Código Procesal Penal, se aceptó la competencia funcional de esta Sala de Casación para fijar el alcance de las normas internacionales en el derecho interno.

Séptimo. Que instruidas las partes de la admisión del recurso de nulidad, materia de la resolución anterior —sin la presentación de alegato adicional alguno—, se expidió el decreto de fojas ciento treinta y uno, de uno de junio de dos mil dieciséis, que señaló fecha para la audiencia de casación el día diecisiete de junio último.

Octavo. Que realizada la audiencia de casación con la única intervención de la defensa del recurrente Marcelo Cicconi, doctor Eduardo Alcocer Povis, según el acta adjunta, se celebró inmediatamente la deliberación de la causa en sesión secreta. Efectuada, tras la preceptiva deliberación, la votación respectiva y obtenido el número de votos necesarios, corresponde dictar la sentencia casatoria pertinente, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Que el artículo 384 del Código Penal regula el delito de colusión, en tanto delito especial. Se trata de un tipo legal alternativo, que en los dos supuestos que contiene, el sujeto activo es, siempre, un funcionario o servidor público.

Para efectos penales, el artículo 425 del Código Penal incorpora una relación o listado de *numerus apertus* para entender los alcances penales de funcionario o servidor público, bajo el entendido de que el concepto del funcionario público tiene un contorno propio que reconoce la autonomía funcional del Derecho penal respecto al resto de órdenes jurídicos especializados, como el administrativo, laboral o constitucional. Esta norma ha sido objeto de varios cambios legislativos. En lo pertinente, es del caso enumerarlas:

Fucnionario público: normatividad

A. La Ley número veintiséis mil setecientos trece, de veintisiete de diciembre de mil novecientos noventa y seis, determinó, en el inciso tercero, del citado artículo 425 del Código Penal: *"Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades y organismos".*

B. La Ley número 30124, de trece de diciembre de dos mil trece, estableció, en el inciso 3, de la referida norma: *"Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos"* [subrayado nuestro].

Segundo. Que, como elemento normativo, el artículo 425 del Código Penal proporciona un listado, que progresivamente se ha precisado —no sin marchas y contramarchas—, para los efectos de imputar responsabilidad penal, cuyo contenido esencial estriba, necesariamente, en que el sujeto activo tiene un título, una cualidad jurídica u otra de naturaleza objetiva —es un concepto funcional—, cifrado en la participación efectiva en la función pública, es decir, su contribución a la función estatal —el ejercicio de la función pública, en virtud de una designación pública—. Ello es así porque el examen de las diferentes infracciones penales contra la Administración Pública permite afirmar, como bien jurídico protegido categorial, los servicios que los poderes públicos han de rendir a la comunidad [Orts Berenguer, Enrique.

Derecho Penal. Parte Especial. Tercera Edición. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1999, p.736]. Lo que aquí importa es proteger, de modo eficaz, la función pública, así como también los intereses de la Administración en sus diferentes facetas y modos de operar (STSE sesenta y ocho oblicua cero tres, de veintisiete de enero).

Protección del ejercicio de la función pública

La autonomía propia de ese concepto, en sede penal, y su carácter funcional, determinó que el artículo 425 del Código Penal contemple una forma abierta. El último numeral, en todas las normas legales, establece: "Los demás indicados por la Constitución Política y la ley" (incisos seis o siete, según el caso).

Función pública y funcionario público

Tercero. Que a este respecto es imprescindible tener en cuenta la Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita por el Perú el veintinueve de marzo de mil novecientos noventa y seis, aprobada por Resolución Legislativa número veintiséis mil setecientos cincuenta y siete, de trece de marzo de mil novecientos noventa y siete, y ratificada por el Decreto Supremo número diecinueve guión noventa y siete guión RE, de veinticuatro de marzo de mil novecientos noventa y siete. El artículo I de la Convención entiende por función pública, toda actividad temporal o permanente, Remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos; y, por funcionario o servidor público, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluso los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

Cuarto. Que como el artículo 425 del Código Penal solo incorpora un listado abierto de todos aquellos que, para efectos penales, pueden ser considerados funcionarios o servidores públicos —es, pues, un elemento normativo—, obviamente es pertinente encontrar referencias para su delimitación en el orden normativo solo en el cual tienen sentido, como su sustrato, aumentando su dificultad a medida que el orden normativo de referencia es más abigarrado [Cuello Contreras, Joaquín. *El Derecho Penal Español. Parte general,* Tercera edición. Madrid: Editorial Dykinson, 2002, p.559]. El elemento normativo en análisis contiene una remisión normativa a otro precepto cuando, en su inciso seis o siete, menciona a la Constitución y a la Ley. Es verdad que el origen del cambio legislativo concretado en la Ley número 30124 partió del entendimiento de que la norma anterior no comprendía expresamente a las empresas públicas y de economía mixta en el inciso 3 del artículo 425 del Código Penal, como parecía exigirlo la Convención Interamericana contra la Corrupción. No obstante, esa base histórica basada en la

voluntad del legislador no es de recibo, en la medida en que desde las bases mismas del Derecho Público y Penal es admisible otra concepción que permite una comprensión más acabada de la norma penal, en armonía con las obligaciones internacionales del Estado.

Quinto. Que, en efecto, desde una perspectiva sistemática y teleológica, el concepto de funcionario público, como se anotó, comprende a toda aquella persona que ejerce una función estatal en los marcos de los servicios públicos que el Estado desarrolla en la comunidad —esa noción, mucho más amplia que la del Derecho Administrativo, debe seguir a la de Administración Pública con relación a la tutela penal—. Por ello, cuando la norma vigente en el momento de los hechos imputados hizo referencia a entidades u organismos del Estado más allá de que la Ley número 27713 en referencia, modificó la norma anterior —norma originaria— que expresamente hacía referencia a las *"empresas del Estado o sociedades de economía mixta"* imponía una interpretación que permitiera entender a toda institución, entidad u organismo público, en el que el Estado desarrolla sus actividades y servicios públicos, en los marcos de la ley, desde la que, sin duda alguna, era inevitable comprender a la actividad empresarial del Estado.

Naturaleza del concepto de funcionario público

Es cierto, igualmente, reconocer esa línea reformista errática del legislador nacional, sus idas y venidas, respecto a la actividad empresarial del Estado, pero más allá de su intento de concretar supuestos en línea casuística, siempre admitió que había entidades, instituciones y organismos públicos que realizaban servicios públicos, y personal que actuaba en ellos, así como también acogió una descripción abierta de funcionario o servidor público al incorporar en el listado a otros cargos que indicara la Constitución y la ley.

Sexto. Que, según el artículo 55 de la Constitución. *"Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional"*. La Convención Interamericana contra la Corrupción ya estaba en vigencia cuando se produjeron los hechos objeto de inculpación formal. Si se estima que el numeral 3 del artículo 425 del Código Penal no era aplicable al *sub-lite*, sí se subsumía, inevitablemente, en el numeral 6, que remitía los alcances del término "funcionario público'" a otros preceptos, en este caso, directamente al artículo I de la citada Convención —ya integrada al ordenamiento nacional—. Aunque, como ha quedado expuesto, por la propia naturaleza del bien jurídico tutelado y el entendimiento de la noción de funcionario público como quien desarrolla un rol efectivo en la función pública, era del caso interpretar que el inciso tercero comprendía a las empresas públicas y de economía mixta. Por lo demás, la mención a la aludida Convención,

Constitución y tratados internacionales

en tanto norma que integra el derecho nacional, es compatible con el principio de reserva de ley, pues el concepto de funcionario público es un elemento normativo en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública. No se trata de una aplicación inmediata de una cláusula incriminatoria prevista en el ordenamiento internacional, sino de la invocación de un elemento técnico normativo conforme con las fuentes internacionales de obligatoria observancia [Carlos Caro Coria, Dino Carlos. *Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*. Lima: Jurista Editores, 2002, p.168].

Séptimo. Que, en consecuencia, cabe entender que el encausado Arenas Lizana, gerente general de EMMSA, es funcionario público para los efectos penales, y las funciones de regulación y servicios que desarrollaba esa empresa pública integran la noción de servicios públicos. Al ser así, es sujeto activo del delito de colusión; y, por ende, los cómplices —como es el caso, según la imputación, del encausado Marcelo Cicconi—, lo son de ese delito.

La excepción de improcedencia de acción, por estos fundamentos, debe desestimarse: no se ha producido ningún vicio de legalidad constitucional y/o e legalidad ordinaria material, y así se declara.

Es de aplicación, por lo demás, el artículo 504 numeral 2, del Nuevo Código Procesal Penal: debe condenarse al recurrente al pago de costas.

DECISIÓN

Por estas razones:

I. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el encausado Marcelo Cicconi contra el auto de vista de fojas ochenta y nueve, de cinco de agosto de dos mil quince, que confirmando el auto de primera instancia de fojas treinta y cinco, de treinta de abril de dos mil quince, declaró infundada la excepción de improcedencia de acción que dedujo; en la investigación preparatoria que se le sigue por el delito de colusión en agravio del Estado; en consecuencia. **NO CASARON** el auto de vista recurrido.

II. CONDENARON al encausado Marcelo Cicconi al pago de las costas procesales del recurso de casación, cuya efectividad será reclamada por el Juez de Investigación Preparatoria.

III. DISPUSIERON se transcriba la presente Ejecutoria al Tribunal de origen, al que se devolverán los actuados. Hágase saber a las partes personadas en esta sede suprema.

S.S.

SAN MARTIN CASTRO /PRADO SALDARRIAGA /SALAS ARENAS /BARRIOS AL VARADO / PRINCIPE TRUJILLO

SECCIÓN OCTAVA
Normas especiales

1.
RECURSO DE NULIDAD N.° 3048-2004-LIMA
INTERPRETACIÓN DEL DELITO DE TERRORISMO

Recurso de Nulidad	**N.° 3048-2004-Lima**
Fecha	21.12.2004
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponente	César San Martín Castro
Tema	Interpretación del delito de terrorismo
Precedente vinculante	f. j. n.° 9
Concordancia	Decreto Ley N.° 25475: art. 2 Código Penal: arts. 319 y 320 (derogados) Código de Procedimientos Penales: art. 301-A

SUMILLA:
El delito de terrorismo básico —artículo dos del Decreto Ley número veinticinco mil cuatrocientos setenta y cinco—, contiene un elemento teleológico, esto es, exige una especificidad del elemento intencional, que se expresa —elemento subjetivo tipificante—, en cuanto a su finalidad última, en la subversión del régimen político ideológico establecido constitucionalmente, y que en estricto sentido es el bien jurídico tutelado, de suerte que la acción proscrita y razón de ser de la configuración típica desde una perspectiva final es la sustitución o variación violenta del régimen constitucional [...] esta figura penal exige, desde la tipicidad objetiva, que el sujeto activo realice una de dos modalidades de acción típica, centradas en la perpetración de delitos contra bienes jurídicos individuales —vida, integridad corporal libertad y seguridad personal y contra el patrimonio— o contra bienes jurídicos colectivos —seguridad de los edificios, vías o medios de comunicación o transportes, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio—: asimismo, requiere concurrentemente que el agente utilice determinados medios típicos: los catastróficos —artefactos explosivos, materias explosivas—, y los que tengan entidad para ocasionar determinados y siempre graves efectos dañosos; y, por último, debe producir concretos resultados típicos: estragos grave perturbación de la tranquilada pública, y afectación de las relaciones internacionales o de la seguridad sociedad y del Estado; que a ello se une, desde la tipicidad subjetiva, el dolo del autor, sin perjuicio de tomar en cuenta la específica intencionalidad antes mencionada.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N.° 3048-2004
LIMA

Lima, veintiuno de diciembre del dos mil cuatro.

VISTOS: el Recurso de Nulidad interpuesto por el acusado Alfonso Abel Dueñas Escobar contra la sentencia condenatoria de fojas novecientos ochenta y ocho: de conformidad en parte con el dictamen de la señora Fiscal Suprema en lo Penal.

CONSIDERANDO

Primero: Que la defensa del acusado Dueñas Escobar en su recurso formalizado de fojas mil veinte cuestiona la condena estimando que no existen pruebas suficientes que la sustenten, que se tomó como base de la condena la inexacta y restringida sindicación de unos arrepentidos, que no existe testimonio directo acerca de los hechos sino de gente que ha hecho referencia a lo vertido por terceras personas, que su patrocinado fue torturado y golpeado durante la investigación policial, y que al defensor no se le permitió revisar con la debida anticipación los testimonios de los arrepentidos.

Segundo: Que la Policía Especializada contra el Terrorismo, en el curso de su plan de investigaciones, y a propósito de numerosas acciones de inteligencia y de intervenciones a diversos individuos vinculados a "Sendero Luminoso" –en especial a Socorro Popular— y con particular énfasis por la incautación de documentos hallados en poder de los mismos (fojas ciento cincuenta y siete y ciento cincuenta y ocho) y por declaraciones de diversos implicados y adscritos a dicha organización, llegó a establecer que el llamado "Javier", "Alfonso Estrada" o "Alfonso" era mando político militar del destacamento zonal veintiuno centro de Socorro Popular, y como tal había realizado varios atentados con explosivos en la jurisdicción de San Borja y La Victoria; que, asimismo, en el curso de las investigaciones se identificó al acusado Dueñas Escobar como el cuadro senderista antes citado, capturándosele el día diecisiete de septiembre de mil novecientos noventa y dos, a cuyo efecto se contó con las sindicaciones de dos arrepentidos: A dos A cero cero cero ciento noventa y nueve y A uno A cero cero cero ciento cuarenta y dos, y el testimonio de cinco personas vinculadas a Sendero Luminoso e incursas en procesos por terrorismo: Guillermo Quispe Chipana, Braulio Mercado Quiñones, Carlos Enrique Mora La Madrid, Abraham Guizado Ugarte y Miriam Quispe Cárdenas, quienes uniformemente lo mencionan indistintamente como un cuadro de Sendero Luminoso y participante en varios atentados terroristas —véase manifestaciones con asistencia del Fiscal fojas cuarenta y cinco, cuarenta y siete, sesenta y uno, ochenta y cinco, sesenta y nueve, ciento seis y ciento veintiuno, y actas de reconocimiento de fojas ciento treinta y seis y ciento treinta y siete (el acta de fojas ciento treinta y cinco, de otro arrepentido, no

ha sido consolidado con su testimonio y, por tanto, no puede asumirse como evidencia apta para formar convicción)—.

Tercero: Que en sede preliminar el imputado, en una primera manifestación negó los cargos (fojas treinta y ocho), pero los aceptó íntegramente en su primera ampliatoria de fojas cuarenta y nueve —con asistencia del Fiscal Provincial Adjunto y abogado defensor—, y parcialmente en su segunda ampliatoria de fojas cincuenta y siete, en la que solo admite que presionado participó en el robo de un vehículo y el atentado a la tienda Santa Isabel de Son Borja; que en sede judicial dicho encausado vuelve a negar los cargos, alegando maltratos en la DINCOTE, así como se ratifica en la primera manifestación —instructivas de fojas cuatrocientos cinco, cuatrocientos cuarenta y siete y seis cientos sesenta y seis, y declaración en el acto oral de fojas ochocientos doce—.

Cuarto: Que de los dos arrepentidos que declararon en sede preliminar solo uno de ellos —el de clave A dos A cero cero cero ciento noventa y nueve— concurrió al juicio oral, el otro se negó a declarar en sede de instrucción judicial —véase acta de fojas cuatrocientos treinta y seis—; que el primero de los arrepentidos identificó al imputado como ligado a Sendero Luminoso, a quien vio en dos polladas organizadas por esa organización, y muy ligado a mandos de la misma: que los demás testigos en sede de instrucción se retractan de los cargos que formularon en sede preliminar, y Quispe Chipana en el acto oral —fojas ochocientos ochenta y dos— hace lo propio, mencionando al igual que los demás conductas ilegales de la policía para obtener testimonios incriminatorios.

Quinto: Que los atentados con explosivos a la tienda de Santa Isabel en San Borja y a los locales de los Bancos de Crédito y Wiese Limitado, en La Victoria se acreditan con el tenor de los Informes Técnicos de la Unidad de Desactivación de Explosivos de fojas ciento cuarenta y dos, ciento cuarenta y cinco y ciento cuarenta y ocho, y de las fotografías de fojas ciento cincuenta y cinco; que estos hechos ocurrieron el veintinueve de octubre de mil novecientos noventa y tres —Tienda Santa Isabel en San Borja, para lo cual se contó con la sustracción del vehículo de placa Bl-nueve mil quinientos noventa y ocho realizado al día anterior—, durante la vigencia del Decreto Ley número veinticinco mil cuatrocientos setenta y cinco, y los días veintiséis de setiembre de mil novecientos noventa y uno y treinta y uno de julio de mil novecientos noventa y uno —Bancos de Crédito y Wiese, respectivamente—, cuando estaba en vigor el Código Penal de mil novecientos noventa y uno.

Sexto: Que si se tiene en cuenta que las manifestaciones prestadas en sede preliminar se realizaron con la asistencia de un Fiscal, así como de abogado defensor en el caso de los implicados en actos de terrorismo o investigados, e incluso —respecto de los arrepentidos— las actas de fojas ciento treinta y seis y ciento treinta y siete importaron un reconocimiento en rueda —sea mediante fotografías o con el concurso de varios individuos— y en ellas asistió el fiscal, es de concluir que en dichas diligencias no se advierte objeción alguna a su legalidad —no hay evidencia que acredite que los implicados y los arrepentidos fueran presionados o engañados por la autoridad policial para declarar como lo hicieron— y a la seguridad del aporte probatorio realizado; que en esas condiciones las retractaciones realizadas en sede judicial carecen de mérito en tanto no se advierten razones objetivas y fundadas que expliquen que la inicial sindicación se debió a un error o fue consecuencia de una presión policial indebida; que, en cuanto al imputado Dueñas Escobar, es de acotar lo significativo del acta de verificación fiscal —en este caso del Fiscal Militar— de fojas ciento treinta y ocho que da cuenta del robo del vehículo y del atentado a la tienda de Santa Isabel en San Borja conforme al croquis ilustrativo de fojas ciento cincuenta y cuatro; que si bien el certificado médico legal de fojas ciento cincuenta y uno da cuenta de lesiones levísimas que sufrió el imputado, no es posible calificarlas de torturas o de agresiones producidas para lograr una confesión, tanto más si en todas sus manifestaciones estuvo asesorado por un abogado defensor de oficio (oficio) y participó un Fiscal y si la primera manifestación importó un rechazo a los cargos esgrimidos en su contra.

Séptimo: Que es de resaltar la declaración de la arrepentida con clave A dos A cero cero cero ciento noventa y nueve —manifestación policial de fojas cuarenta y cinco y declaración en el acto oral de fojas novecientos cuarenta y tres—, en tanto que prueba la vinculación del imputado con Sendero Luminoso y, en especial, con dirigentes de esa organización, versión que a su vez confirma el tenor de los documentos incautados y la base inicial de la investigación policial: declaración corroborada que, asimismo, fortalece las iniciales sindicaciones de los implicados en los tres atentados, acreditados con las pruebas científicas ya citadas —fojas ciento cuarenta y dos a ciento cincuenta—.

Octavo: Que, ahora bien, la conducta realizada por el imputado Dueñas Escobar está incursa tanto en los artículos trescientos diecinueve —tipo básico— y trescientos veinte —tipo agravado— primer párrafo del numeral uno y numeral dos —actuación en calidad de integrante de uno organización terrorista y generación de daños en bienes privados—,

del Código Penal, así como en los artículos dos —tipo básico de "acto terrorista"—. y tres, inciso b), —acto terrorista de individuo integrado o una organización terrorista— del Decreto Ley número veinticinco mil cuatrocientos setenta y cinco, cuya constitucionalidad ha sido confirmada por la sentencia del Tribunal Constitucional del tres de enero de dos mil tres, recaído en el asunto Marcelino Tineo Sulca contra la legislación contra el terrorismo, Expediente número cero diez-dos mil dos-Al/TC: que se trata de un concurso real de delitos: tres actos terroristas —atentados con explosivos o locales comerciales— realizados como integrante de una organización terrorista.

Noveno: Que es de significar que el delito de terrorismo básico —artículo dos del Decreto Ley número veinticinco mil cuatrocientos setenta y cinco—, contiene un elemento teleológico, esto es, exige una especificidad del elemento intencional, que se expresa —elemento subjetivo tipificante—, en cuanto a su finalidad última, en la subversión del régimen político ideológico establecido constitucionalmente, y que en estricto sentido es el bien jurídico tutelado, de suerte que la acción proscrita y razón de ser de la configuración típica desde una perspectiva final es la sustitución o variación violenta del régimen constitucional, tal como se ha establecido en la Sentencia del Tribunal Constitucional del quince de noviembre de dos mil uno, recaída en el Asunto Defensorio del Pueblo contra Legislación sobre Terrorismo Especial Expediente número cero cero cinco-dos mil uno-AI/TC; que, respetando en su esencia los principios constitucionales sentados por la sentencia del Tribunal Constitucional del tres de enero de dos mil tres, es del caso precisar los alcances generales del aludido tipo penal: que esta figura penal exige, desde la tipicidad objetiva, que el sujeto activo realice una de dos modalidades de acción típica, centradas en la perpetración de delitos contra bienes jurídicos individuales —vida, integridad corporal libertad y seguridad personal y contra el patrimonio— o contra bienes jurídicos colectivos —seguridad de los edificios, vías o medios de comunicación o transportes, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio—: asimismo, requiere concurrentemente que el agente utilice determinados medios típicos: los catastróficos —artefactos explosivos, materias explosivas—, y los que tengan entidad para ocasionar determinados y siempre graves efectos dañosos; y, por último, debe producir concretos resultados típicos: estragos grave perturbación de la tranquilada pública, y afectación de las relaciones internacionales o de la seguridad sociedad y del Estado; que a ello se une, desde la *tipicidad subjetiva*, el dolo del autor, sin perjuicio de tomar en cuenta la específica intencionalidad antes mencionada; que tratándose de una interpretación de un tipo penal de especial importancia, que en

Delito de terrorismo: naturaleza y alcances generales de tipo penal

rigor complementa lo llevada a cabo por el Tribunal Constitucional, es del caso otorgarle carácter de precedente vinculante de conformidad con el numeral uno del artículo trescientos uno-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve.

Décimo: Que es de precisar que en la sentencia recurrida se ha impuesto pena de inhabilitación, cuando esa pena no está prevista en el Decreto Ley número veinticinco mil cuatrocientos setenta y cinco, ni lo estuvo como pena accesoria en el Código Penal vigente, única forma de adicionarla a tenor de la concordancia de los artículos cuarenta y ocho y cincuenta del Código Penal, por lo que es del caso dejarla sin efecto; que, por otro lado, se ha impuesto una pena por debajo del mínimo legal de treinta años fijado por el artículo tres, inciso b), del Decreto Ley numero veinticinco mil cuatrocientos setenta y cinco, pese a que no existe fundamento legal alguno para hacerlo: que tal error jurídico, sin embargo, no puede corregirse porque implicaría afectar el principio de la interdicción de la reforma peyorativa, en tanto que el único recurrente es el imputado; que, finalmente, en la sentencia impugnada se ha condenado concurrentemente por delito de asociación terrorista —artículo cinco del Decreto Ley número veinticinco cuatrocientos setenta y cinco—; sin embargo, como el imputado perpetró los actos terroristas en esa situación personal de asociado terrorista, el aludido tipo penal se subsume en la forma agravada de [...] por lo que es del caso resolver en este extremo.

DECISIÓN

Por estos fundamentos declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas novecientos ochenta y ocho, de fecha vetiseis de agosto de dos mil cuatro, en cuanto condeno a Alfonso Abel Dueñas Escobar como el autor del delito contra la tranquilidad pública-terrorismo en agravio del Estado, ilícito previsto en el artículo dos, primer párrafo del inciso b) del artículo tres del Decreto Ley —y no Ley como equivocadamente se ha consignado número veinticinco mil cuatrocientos setenta y cinco, y los artículo trescientos diecinueve y trescientos veinte, primer párrafo del inciso primero del inciso segundo del Código Penal, en su texto originario concordado por Decreto Legislativo número seiscientos treinta y cinco, se impone veinticinco años de pena privativa de libertad y sesenta días multa; así como cinco mil nuevos soles por concepto de reparación civil a favor del Estado; con lo demás que al respecto contiene, declararon **NULA** el extremo de la sentencia que impone la pena inhabilitación posterior a la sentencia por tres años, declararon **HABER NULIDAD** [...] sentencia en la parte que condena a Alfonso Abel Dueñas Escobar como autor del delito contra la tranquilidad

pública-terrorismo en agravio del Estado en el ilícito previsto y [...] en el artículo cinco del Decreto Ley número veinticinco mil cuatrocientos setenta y cinco; reformándolo: lo **ABSOLVIERON** del mencionado delito en agravio del Estado y **ORDENARON** se archive [...] definitivamente en ese extremo y se anulen los antecedentes penales y judiciales del imputado, calificándose: **ESTABLECIERON** como precedente vinculante lo estipulado en el noveno fundamento jurídico de esta Ejecutoria Suprema, disponiéndose su publicación en el diario oficial y, de ser posible, en el portal del Poder Judicial; y los devolvieron.

S. S.
SAN MARTÍN CASTRO / PALACIOS VILLAR / BARRIENTOS PEÑA / LECAROS CORNEJO / MOLINA ORDOÑEZ

TERCERA PARTE
DERECHO PROCESAL PENAL

SECCIÓN PRIMERA
DISPOSICIONES GENERALES

I.
LA ACCIÓN PENAL

1.
CASACIÓN N.º 437-2012-SAN MARTÍN
CRITERIOS PARA LA POSTULACIÓN DEL SOBRESEIMIENTO A PARTIR DEL ACUERDO REPARATORIO

Casación	**N.º 437-2012-San Martín**
Fecha	19.09.2013
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponente	Janet Tello Gilardi
Tema	Criterios para la postulación del sobreseimiento a partir del acuerdo reparatorio
Doctrina jurisprudencial vinculante	f. j. n.º 10
Concordancia	Código Penal: arts. 50 y 408 Código Procesal Penal: art. 2.6 y 2.7

SUMILLA:

La postura del procesado [...], en postular de forma directa ante el Juez de la investigación preparatoria el acuerdo reparatorio es válido y acorde con la finalidad determinada, más que el consenso con la víctima de resarcirle el daño en la forma y el modo que ellos pacten.

Se advierte que no puede rechazarse *in limine* la petición de un Acuerdo reparatorio, por la sola concurrencia de una pluralidad de acciones sin que se analice en concreto los supuestos de excepción, y de manera independiente frente a cada uno de los agraviados.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 437-2012
SAN MARTÍN

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, diecinueve de septiembre de dos mil trece

VISTOS; en audiencia pública; los recursos de casación concedidos por las causales de **(i)** interpretación indebida de la norma procesal, prevista en el artículo 2 incisos 6 y 7 del Código Procesal Penal, e interpretación indebida del artículo 50 del Código Penal, y **(ii)** por una errónea interpretación del artículo 408 del Código Penal, interpuesto por el Fiscal Superior y por el encausado César Vicente Horna Tirado, dirigidos contra el auto de vista expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de San Martín-Tarapoto, de folios sesenta y cuatro del cuaderno de debate, del cuatro de setiembre de dos mil doce, que confirmó el auto primera instancia, de folios veintinueve, del diecinueve de junio de dos mil doce, que declaró improcedente el pedido de sobreseimiento del inculpado César Vicente Horna Tirado, en la causa que se le sigue por los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, lesiones graves, en agravio de Jessica Joselyne Correa Zamora, y contra la administración pública, fuga en accidente de tránsito, en agravio del Estado.

Interviene corno ponente la señora Jueza Suprema Janet Ofelia Tello Gilardi.

ANTECEDENTES

I. Del Itinerario de la causa.

Primero. Culminada la investigación preliminar seguida contra César Vicente Horna Tirado, por los delitos de lesiones graves, en agravio de Jessica Joselyne Correa Zamora, y fuga en accidente de tránsito, en agravio del Estado, la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Tarapoto, por resolución del veintisiete de abril de dos mil doce, dispuso la continuación y formalización de la investigación preparatoria.

Segundo. El imputado César Vicente Horna Tirado solicitó al Juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria el sobreseimiento de la causa, invocando la circunstancia prevista en el artículo 2, inciso 7, último párrafo del Código Procesal Penal, para lo cual adjuntó un acuerdo extrajudicial realizado con los padres de la agraviada Jessica Joselyne Correa Zamora[1].

Tercero. El Juez de la Investigación Preparatoria, por resolución[2], del ocho de junio de dos mil doce, dispuso se cite a las partes para la audiencia de control de sobreseimiento, la que se llevó a cabo el diecinueve de junio de dos mil doce, en la que se declaró improcedente el pedido de sobreseimiento postulado por el imputado César Vicente Horna Tirado. Contra esta decisión, el imputado, en la misma audiencia, interpuso recurso de apelación, la que fue fundamentada por

1 Ver escritos de folios 17, del 31 de mayo de 2012.

2 Ver folios 29 y siguientes.

escrito de folios treinta y cuatro. Este recurso fue concedido por auto[3] del veintiséis de junio de dos mil doce.

II. Del trámite recursal en segunda instancia.

Cuarto. La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de San Martín, cumplido el procedimiento de apelación, la que fue realizada con presencia del representante del Ministerio Público —quien opinó para que se revoque el auto impugnado y se sobresea la causa—[4], por resolución del cuatro de setiembre de dos mil doce, por mayoría, confirmó el auto de primera instancia, que declaró improcedente el pedido de sobreseimiento. Contra esta resolución se interpuso[5] y concedió recurso de casación al Fiscal Superior de la Segunda Fiscalía Superior Penal de San Martín y al procesado César Vicente Horna Tirado[6].

III. Del trámite de los recursos de casación interpuestos.

Quinto. Declarados admisibles y bien concedidos los recursos de casación por la causales de **(i)** interpretación indebida de la norma procesal, prevista en el artículo 2 incisos 6 y 7 del Código Procesal Penal e interpretación errónea del artículo 50 del Código Penal, y **(ii)** por interpretación errónea del artículo 408 del Código Penal[7]; la primera causal para establecer doctrina jurisprudencial y obtener una interpretación correcta de las normas contenidas en la indicada disposición procesal y material, y en cuanto a la segunda causal, para determinar la corrección en la interpretación de la norma penal; y cumplido el trámite previsto en el artículo 431 del Código Procesal Penal, sin que las partes presenten alegatos ampliatorios, se ha llevado a cabo la audiencia de casación conforme a sus propios términos y según consta en el acta correspondiente.

Sexto. Deliberada la causa en secreto y producida la votación, corresponde dictar sentencia absolviendo el grado, que se leerá en acto público, conforme a la concordancia de los artículos 431, apartado 4, con el artículo 425, apartado 4, del Código Procesal Penal, el día quince de octubre del año en curso a las ocho horas con treinta minutos de la mañana.

IV. Del ámbito de la casación.

Séptimo. Mediante auto de calificación del ocho de febrero de dos mil trece, obrante en el cuaderno de casación a fojas cuarenta y tres, el motivo de casación

---

3 Ver folios 38.

4 Ver folios 71, del 03 de agosto de 2012, audiencia de apelación de auto.

5 Ver escritos de folios 78 a 91.

6 Ver auto de folios 104, 26 de setiembre de 2012.

7 Ver ejecutoria de folios 43 de cuaderno de casación, del 08 de febrero de 2013.

admitido es por las causales previstas en los incisos 2 y 3 del artículo 429 del citado Código Procesal Penal, esto es: **i)** "Si la sentencia o auto incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad." —causal declarada bien concedida de oficio—; y **ii)** "Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación" —causas y fundamentos argumentados por el Fiscal y la defensa técnica del imputado—.

Octavo. En cuanto a la primera causal, el Fiscal Superior y la defensa técnica del imputado en sus recursos de casación, alegaron **(a)** que el *A quem* realizó una interpretación errónea y de forma consecuente, una indebida aplicación de los preceptos legales que regulan los criterios de oportunidad del acuerdo reparatorio contemplado en el artículo 2, en los incisos 6 y 7 segundo párrafo de Código Procesal Penal; **(b)** que en la fase prejurisdiccional, es el Fiscal quien dirige la aplicación del acuerdo reparatorio, y es quien decidirá si se abstiene o no del ejercicio de la acción penal; sin embargo, cuando la acción ya hubiese sido promovida, sobre la base del criterio de oportunidad, conforme lo indica el artículo 2, inciso 7 segundo párrafo del citado Código Procesal, corresponde al Juez desempeñar ese rol, y decidir sobre la procedencia o no del acuerdo reparatorio y si es viable o no dictar auto de sobreseimiento, incluso sin la realización de una audiencia para tal acto procesal; **(c)** que en base a lo antes expuesto, el imputado está legitimado para acudir directamente al Juez a presentar el acuerdo reparatorio extrajudicial y solicitar el sobreseimiento del proceso, pues los acuerdos reparatorios contemplados en instrumentos públicos o privados legalizados, constituyen actos jurídicos arribados de manera consensuada, entre las partes, sobre el objeto civil del proceso, por lo que no es necesario ni razonable que por la naturaleza y características propias de aquel criterio de oportunidad, que en estos casos se tenga que recurrir al Fiscal como una suerte de intermediador ante el Juez de la investigación preparatoria, para lograr el sobreseimiento del proceso, pues lo pueden hacer de forma directa, más aún, si se tiene en cuenta que la decisión de archivar, en esa fase procesal, no radica en la potestad del Fiscal, sino en la del Juez, lo que es concordante con lo dispuesto en el artículo 2, inciso 3 parte in fine del Código Procesal Penal, en el que se reconoce el derecho de las partes de acudir directamente, en la fase preliminar del proceso, a presentar su acuerdo reparatorio extrajudicial al Fiscal, sin que exista impedimento, para que se proceda de igual forma ante el Juez de la investigación preparatoria, quien tiene la facultad de archivar la causa; **(d)** que se debe observar que el artículo 350 del Código Procesal Penal, permite que las partes, luego de notificadas con la acusación (etapa intermedia), puedan pedir directamente el sobreseimiento y/o instar la aplicación de un criterio de oportunidad sin la aprobación o requerimiento previo del Fiscal; por lo que, no existe razón válida para afirmar que estas partes no estarían legitimadas para solicitarlo en la etapa de investigación preparatoria; **(e)** que el artículo en cuestión, en el inciso 7, primera parte, hace referencia solo a

los supuestos del principio de oportunidad genérico y a los acuerdos reparatorios que no constan en instrumentos públicos y privados legalizados notarialmente; por lo que tal criterio no se puede extender a los acuerdos que sí constan en documentos, como sucede en el presente caso, máxime si la norma procesal los reguló en un párrafo independiente (el segundo); **(f)** considerar que la propuesta de pago por concepto de reparación civil presentada por el imputado, no contiene la renuncia expresa a las pretensiones a que tienen derecho las padres de la agraviada, constituye una exigencia formal desmesurada que atenta directamente contra el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de los justiciables, dado que, la norma no exige ninguna formalidad o requisito de validez, además, independientemente del tenor o la redacción que el documento contenga, se debe entender que su objeto de celebración, para estos efectos, es la pretensión civil del proceso, sin que sea necesario que en el documento del acuerdo se establezca una renuncia expresa de la pretensión civil del agraviado o de sus representantes, ni que debe sobreseerse el proceso del cual deriva el acuerdo, pues esto solo viene a ser una ineludible consecuencia del mismo; **(g)** finalmente consideran que se interpretó y aplicó de forma errónea el artículo 50 del Código Penal, referido al concurso real de delitos, porque existe una excepción a su aplicación en el artículo 2, inciso 6 del Código Procesal, pues también procede el acuerdo reparatorio, si el otro delito es de menor gravedad. Respecto a la segunda causal de la inferencia de los agravios expuestos por el encausado se introdujo como fundamento que la resolución cuestionada vulneraría el principio de legalidad, respecto al juicio de tipicidad del hecho imputado, por el que se atribuyó al procesado el delito contra la administración de justicia en la modalidad de fuga en accidente de tránsito en agravio del Estado, previsto en el artículo 408 del Código Penal.

V. Del pronunciamiento del Tribunal de Apelación

Noveno. La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de San Martín-Tarapoto, por auto de vista confirmó el auto de primera instancia, que declaró improcedente el pedido de sobreseimiento del imputado César Vicente Horna Tirado; porque consideró: ***i)*** que el documento denominado propuesta de pago por concepto de reparación civil, no contiene un pacto sobre los efectos civiles de los hechos sucedidos y subsumidos en los tipos penales denunciados, ni las renuncias a las pretensiones a que tienen derecho los sucesores de la agraviada, ni en el mismo se establece que se debe sobreseer el proceso, siendo interés de los padres de la agraviada que se ponga fin al proceso mediante una sentencia judicial y no por un auto de sobreseimiento; ***ii)*** que formalizada la investigación preparatoria contra el imputado por los delitos de lesiones culposas graves y fuga en accidente de tránsito, resulta aplicable el artículo 50 del Código Penal, que regula la figura del concurso real de delitos, lo que significa que la sumatoria de penas en ese caso determina una mayor a diez años de pena privativa de la libertad,

que lleva a considerar que se trata de un concurso de delitos de mayor gravedad, en contraposición con lo señalado en el artículo 2, inciso 6 del Código Procesal Penal; y, ***iii)*** para que el Juez dicte sobreseimiento, conforme al supuesto previsto en el artículo 2, inciso 7 segundo párrafo del Código Procesal Penal, basado en el acuerdo reparatorio que consta en un documento público o privado legalizado notarialmente, el requerimiento de sobreseimiento debe ser realizado por el Fiscal de oficio, o a pedido del imputado o de la víctima, sin estar legitimado el imputado para formularlo de forma directa ante el Juez.

VI. Interpretación de esta Suprema Sala Penal

Décimo. Atento a los motivos casacionales, especialmente, primero, en cuanto a una correcta interpretación del artículo 2[8], incisos 6[9] y 7[10] del Código Procesal Penal, referidos a la postulación de acuerdos reparatorios una vez iniciada la investigación preparatoria, se debe señalar lo siguiente:

Finalidad del proceso penal

El proceso penal es un conjunto de actos tendientes a la investigación y esclarecimiento de hechos punibles con el fin de determinar la responsabilidad penal de las personas involucradas en tales delitos y establecer su culpabilidad o reiterar su inocencia. Dentro de esta finalidad se han introducido figuras, que anteriormente no habían sido consideradas tendientes a colaborar con los principios que rigen al derecho procesal penal, permitiendo la celeridad y economía procesal, así como una mayor humanización dentro del proceso.

8 **Artículo 2: Principio de oportunidad.**

9 **6.** Independientemente de los casos establecidos en el numeral 1) procederá un acuerdo reparatorio en los delitos previstos y sancionados en los artículos 122, 185, 187, 189-A Primer Párrafo, 190, 191, 192, 193, 196, 197, 198, 205, 215 del Código Penal, y en los delitos culposos. No rige esta regla cuando haya pluralidad importante de víctimas o concurso con otro delito; salvo que, en este último caso, sea de menor gravedad o que afecte bienes jurídicos disponibles.

El Fiscal de oficio o a pedido del imputado o de la víctima propondrá un acuerdo reparatorio. Si ambos convienen el mismo, el Fiscal se abstendrá de ejercitar la acción penal. Si el imputado no concurre a la segunda citación o se ignora su domicilio o paradero, el Fiscal promoverá la acción penal. Rige en lo pertinente el numeral 3).

10 **7.** Si la acción penal hubiera sido promovida, el Juez de la Investigación Preparatoria, previa audiencia, podrá a petición del Ministerio Público, con la aprobación del imputado y citación del agraviado, dictar auto de sobreseimiento —con o sin las reglas fijadas en el numeral 5)— hasta antes de formularse la acusación, bajo los supuestos ya establecidos. Esta resolución no será impugnable, salvo en cuanto al monto de la reparación civil si ésta es fijada por el Juez ante la inexistencia de acuerdo entre el imputado y la víctima, o respecto a las reglas impuestas si éstas son desproporcionadas y afectan irrazonablemente la situación jurídica del imputado.

Así que se han incorporado mecanismos en los cuales las víctimas pueden ejercitar derechos que conllevan a una solución justa de su caso. Es decir, se tiende al reconocimiento más amplio del derecho de las víctimas en el sistema de justicia penal[11]. Bajo estos lineamientos, se inscribe el Acuerdo reparatorio regulado en el artículo 2 incisos 6 y 7 del Código Procesal Penal, como una fórmula alternativa de solución de conflictos "que busca la reparación de la víctima en determinados supuestos en los que sea posible". Este acuerdo viene a constituirse como un mecanismo legal, que solo responde a sus demandas o necesidades reales de justicia frente a la afectación de sus derechos y bienes jurídicos protegidos, así como el daño causado; además, pretende la evitación de un daño mayor, como resultado directo del proceso mismo o de la posible actuación negligente de las instituciones del sistema de administración de justicia, a efecto de no incurrir en la llamada re-victimización institucional, como puede producirse a consecuencia de un proceso penal prolongado u oneroso —a pesar de la gratuidad, sí se tiene en cuenta los recursos empleados, tales como: legales, tiempo, emocionales, etc.—, o de circunstancias que conlleven a la víctima a revivir situaciones traumáticas entre otras.

Acuerdo reparatoria

Por su parte en el ámbito internacional, los "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones[12]", establece que las víctimas merecen una reparación plena bajo cinco formas, tales como: restitución[13], indemnización[14], rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

Víctima, violación de DD. HH. y sistema interno civil

Estas figuras alternativas a la prosecución del proceso se conciben como modos de auto-composición procesal, que tienen la misma eficacia que la sentencia, pero se originan en la voluntad de las partes (fiscal,

11 Cfr. José Antonio Neyra Flores, *Manual del Nuevo Proceso Penal & Litigación Oral*, Idemsa, Lima-Perú, 2010, p, 254.

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

13 Resolución de la Asamblea General Naciones Unidas del 21 de marzo de 2006 en su Sexagésima Periodo de Sesiones.

14 Respecto a la indemnización, que si se asemeja a la ley interna, señala que comprende todos los perjuicios económicamente evaluados, consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o de violaciones graves del derecho internacional humanitario, e incluye: (a) El daño físico o mental; (b) La pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales; (c) los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; (d) Los perjuicios morales; y (e) Los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales.

investigado y/o víctima), o bien en la declaración unilateral de una de ellas, que al igual, que la solución judicial de la litis, por el Juez, exista la solución convencional, por el cual, las partes elevan directamente ante el Juez sus respectivas peticiones, para poner fin al proceso, con el efecto de cosa juzgada propio de la sentencia.

Autocomposición procesal: solución convencional

Estos medios alternativos a la prosecución del proceso son considerados como formas anticipadas de solución del proceso penal y definidos como situaciones que ponen fin al juzgamiento antes de la sentencia, dentro de las que se encuentran el principio de oportunidad[15] y los acuerdos reparatorios.

Formas anticipadas de solución del proceso penal

Los Acuerdos reparatorios se han introducido con el cambio del ordenamiento procesal. Se consideran, como una forma de autocomposición procesal de las partes, en la cual se afecta menos la integridad personal y se evita la estigmatización del imputado y se ofrece a la víctima una respuesta de tipo económica que de alguna manera, le permite subsanar el derecho vulnerado, catalogado en una norma, como delito.

Acuerdo reparatorio como forma de autocomposición

En este sentido, deben ser entendidos como un convenio que se puede celebrar entre quien sea víctima de un delito y la persona a quien se le impute participación en dicho delito (imputado), con el objeto de que el segundo se obligue a satisfacer la responsabilidad civil proveniente de dicho delito, vale decir, que el imputado se obligue a pagar los daños materiales y morales, y los perjuicios que su acción delictiva haya acarreado. La manifestación de la voluntad debe ser libre y consciente, entre el imputado y la víctima, por medio del cual los mismos llegan a solucionar sobre el daño causado por el hecho punible, mediante la restitución, la reparación del daño causado o la indemnización de los perjuicios, que son sometidos a la jurisdicción del Juez para que los apruebe o rechace antes de la sentencia definitiva.

Definición de acuerdo reparatorio

La naturaleza jurídica de estos tipos de Acuerdos, es que son convenios de carácter consensual, bilateral, que se encuadra bajo los principios de celeridad y economía procesal, en donde prevalece la auto disposición de las partes y existe una mínima intervención del Estado.

Naturaleza jurídica de los acuerdos plenarios

15 Llamado también para algunos autores como el principio de la discrecionalidad. Este principio ha sido acogido en diferentes ordenamientos jurídicos europeos principalmente en Portugal, Italia, España, pero es el Sistema Alemán quien lo ha regulado más detalladamente. En el Derecho Anglosajón, ha sido considerada como la regla y esta sustentada sobre la *plea guity*: que significa confesión dirigida a evitar el juicio y la *plea bargaining*: negociación entre el fiscal y el imputado que supone pactar la acusación en toda su extensión y de este modo, reducir o multar a conveniencia, si es el caso, el hecho penal en sí mismo considerado.

En este contexto, cuando en el artículo 2, incisos 6 y 7 del Código Procesal Penal, regula el acuerdo reparatorio, dada su finalidad y naturaleza, una vez iniciada la etapa de investigación preparatoria, se debe entender que este mecanismo puede ser postulado por el inculpado o por la víctima (conforme a la forma prevista en el citado artículo, inciso 3, parte *in fine*, "acuerdo entre el imputado y la víctima, que conste en instrumento público o documento privado legalizado") de forma directa ante el Juez de la Investigación Preparatoria, especialmente, porque el propósito del acuerdo reparatorio radica en el interés entre la víctima y el imputado en celebrar el acuerdo reparatorio, cuyo objeto es la resolución alternativa del conflicto surgido, indemnizándose a la víctima con una justa reparación, además de lograrse la extinción de la acción penal, por razones de economía procesal, constituye una solución para evitar un proceso largo y costoso.

Finalidad del acuerdo reparatorio

Esta petición planteada por el imputado y agraviado debe ser necesariamente trasladada al Fiscal Provincial a cargo de la investigación preparatoria, para que con sus opinión de conformidad u oponibilidad, el Juez de la investigación preparatoria, sin necesidad de audiencia de acuerdo —en tanto son las partes quienes lo han celebrado— expida la resolución correspondiente, quien no solo homologará el acuerdo, sino que deberá examinar, evaluar y realizar un análisis que comprenda el cumplimiento de los requisitos que contempla la ley, además y de forma primordial, que quienes concurran al acuerdo hayan prestado su consentimiento en forma libre y voluntaria con pleno conocimiento de sus derechos, y que efectivamente se está en presencia en el contexto de la imputación de un hecho punible, de los señalados en el artículo 2 en comento, inciso 6, del indicado Código Procesal, y de cualquier otra situación que directa o paralelamente tenga incidencia dentro de los fines que justifican la existencia de dicho convenio para su posterior homologación.

Control judicial del acuerdo reparatorio

No obstante lo señalado respecto al traslado necesario al despacho del señor Fiscal Provincial, en el presente caso, en atención a que tanto el Fiscal Provincial de la Investigación Preparatoria y el Fiscal Superior se encuentran de acuerdo con el sobreseimiento, y además a que el representante del Ministerio Público es el que interpuso este recurso de casación, consideramos que por economía procesal y celeridad procesal, este trámite debe entenderse cumplido.

En esta línea de ideas, queda claro que el imputado como la víctima, una vez promovida la acción penal, tienen legitimidad material como procesal para postular el sobreseimiento en base al acuerdo, porque de un lado, el imputado pretende extinguir la responsabilidad penal, y del otro, la víctima al recurrir al sistema de justicia criminal busca obtener

Imputado y víctima puedes postular el sobreseimiento en base al acuerdo

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

Esta posición repasa no solo en las consideraciones antes expuestas sino también, en la habilitación legal contendida en el artículo 350, inciso d), respecto a que los sujetos procesales pueden peticionar el sobreseimiento del proceso. Distinta es la legitimidad para solicitar el sobreseimiento teniendo como presupuesto el retiro o desistimiento del ejercicio de la acción penal, respecto a lo cual, qué duda cabe, recae única y exclusivamente en el Representante del Ministerio Público.

Legitimidad para solicitar el sobreseimiento

Por todo lo cual se concluye que la postura del procesado César Vicente Horna Tirado, en postular de forma directa ante el Juez de la investigación preparatoria el acuerdo reparatorio es válido y acorde con la finalidad determinada, más que el consenso con la víctima de resarcirle el daño en la forma y el modo que ellos pacten, pues el pronunciamiento de retiro de las consecuencias jurídicas penales por el hecho delictivo corresponden tanto al Fiscal Provincial como al Juez encargado de resolver el pedido.

Décimo Primero. Respecto a la segunda causal motivo de casación, sobre de una interpretación, errónea del artículo 50[16] del Código Penal, se debe señalar lo siguiente:

En el presente caso se trata de un proceso real de delitos de lesiones graves y fuga en accidente de tránsito, que si bien en el artículo 2, inciso 6, parte *in fine* establece en principio que cuando se presente tal situación no rige la procedencia del Acuerdo reparatorio, también, precisa varias excepciones tales como: (a) cuando no haya pluralidad importante de víctimas; (b) cuando el segundo delito sea de menor gravedad; (c) o afecte jurídicos disponibles.

En tal sentido, se advierte que no puede rechazarse *in limine* la petición de un Acuerdo reparatorio, por la sola concurrencia de una pluralidad de acciones sin que se analice en concreto los supuestos de excepción, y de manera independiente frente a cada uno de los agraviados, de ser el caso.

16 (*) Artículo modificado por el Artículo 3 de la Ley Nº 28730, publicado el 13 de mayo 2006, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 50.- Concurso real de delitos

Cuando concurran varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, se sumarán las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua se aplicará únicamente ésta."

Inaplicación del art. 50 del CP

Dada la naturaleza y finalidad que persigue el Acuerdo reparatorio, en caso de su postulación en el que se presente un concurso de delitos no cabe aplicar la fórmula legal establecida en el artículo 50 del Código Penal, en tanto, su ámbito recae en la agravación de la pena mientras el Acuerdo reparatorio persigue la solución de conflictos en términos de la satisfacción de los intereses de la víctima, tales como restitución del bien jurídico protegido, reparación del daño o de indemnización correspondiente sin perjuicio de las medidas de no repetición.

Décimo Segundo. Finalmente, en lo referido a la tercera causal materia de casación, por una interpretación errónea del artículo 408 del Código Penal.

Al respecto el artículo 408° del Código Penal, vigente en la fecha de los hechos, establece: "El que, después de un accidente de automovilístico o de otro similar en el que ha tenido parte y del que han resultado lesiones o muerte, se aleja del lugar para sustraerse a su identificación o para eludir las comprobaciones necesarias o se aleja por razones atendibles, pero omite dar cuenta inmediata a la autoridad, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor de cuatro años y con noventa a ciento veinte días multa".

Según la precitada norma penal, incurrirá en este delito el que después de un accidente en que ha tenido parte y del cual resultaron lesiones, se aleja del lugar para desvincularse de los hechos y las subsecuentes responsabilidades que pudieran resultar, pues no comunica de esa ocurrencia a la autoridad. Se debe entender que esta omisión en la comunicación a la autoridad se refiere al funcionario o servidor público de forma genérica, pero no en concreto a la autoridad policial, pues lo que protege con la norma penal es que no se obstruya y obstaculice la identificación de la persona o agentes intervinientes de un evento que haya lesionado bienes jurídicos y que por consiguiente sea difícil llegar a su esclarecimiento, por tanto, no se transgredirá el bien jurídico protegido[17], si el agente comunica de este hecho a cualquier autoridad —funcionario o servidor público—, pertinente, cercano al lugar físico de la ocurrencia y que de forma plena se identifica, así como precisa la circunstancia de su realización.

17 "La norma penal protege el normal y eficaz desarrollo de la acción de la justicia. Es la sociedad misma atacada en su derecho de administración de justicia. La justicia es una función social y como tal exige, como deber de todos los ciudadanos el contribuir a su afianzamiento." Cfr. Jorge B. Hugo Álvarez, Delitos contra la administración de justicia. Editorial Gaceta Jurídica, 2004, pag. 126.

En este contexto, de autos se tiene que, se imputa al procesado César Vicente Horna Tirado que el veintiséis de abril de dos mil doce, a las veintitrés horas, haber omitido dar cuenta a la autoridad policial del accidente automovilístico en el que participó como conductor de una moto lineal en que llevaba como copiloto a la agraviada Jessica Joselyne Correa Zamora, con quien horas antes había concurrido a mi centro nocturno, siendo el caso que luego del accidente, el imputado llevó a la agraviada al nosocomio más cercano, dejándola en el servicio de emergencia, en donde, dio cuenta a las autoridades médicas de las causas que dieron origen a las lesiones de la accidentada, lo cual justifica el alejamiento del lugar de los hechos, máxime si se considera el vínculo afectivo que tuvo con la víctima, quien era su pareja sentimental. Además se advierte que en horas de la tarde del día siguiente, este se presentó a la dependencia policial, con el objeto de recabar la denuncia policial para que el "SOAT" pudiera brindar asistencia a la agraviada, quien posteriormente falleció a causa de sus lesiones.

Por tanto, en la imputación fiscal, no se aprecia que el procesado se encuentre incurso en la conducta prohibitiva que establece la citada norma penal, por lo que, en estos términos debe ser la correcta interpretación y alcance de la norma sustantiva materia de análisis.

Décimo Tercero. En este escenario, se ha precisado el sentido y los alcances de las normas motivo de casación, que en el presente caso favorecen a las pretensiones del imputado César Vicente Horna Tirado, en tanto es válido y legítimo dirigir al Juez de la investigación preparatoria la postulación de sobreseimiento, en base al Acuerdo reparatorio arribado con los familiares de la víctima Jessica Joselyne Correa Zamora, que consta con documentos con firmas legalizadas ante Notario Público, conforme se aprecia de folios catorce a quince. Este Acuerdo reparatorio cuenta con el consenso del representante del Ministerio Público. Si bien, el acuerdo antes aludido se circunscribió a los efectos producidos por el delito de lesiones graves, calificado como delito culposo y, no respecto al delito de fuga de accidente de tránsito, en el que el titular del bien jurídico indisponible es la sociedad, resulta que el supuesto fáctico atribuido al encausado, es atípico, y por ende no configura este segundo ilícito. Por lo que no se presentaría un concurso de delitos, siendo inoficioso evaluar si el segundo delito es menos gravoso o si afecta bienes jurídicos disponibles, Por todo lo cual, resulta procedente el acuerdo reparatorio y sobreseída la causa, y en esos términos la declara este órgano jurisdiccional actuando en sede de instancia, de acuerdo con la facultad conferida en el artículo 433, inciso 1 del Código Procesal Penal.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon:

I. FUNDADO el recurso de casación concedido por las causales de: ***(i)*** interpretación indebida de la norma procesal prevista en el artículo 2, inciso 6 y 7 del Código Procesal Penal e interpretación indebida del artículo 50 del Código Penal; y ***(ii)*** por interpretación errónea del artículo 408 del Código Penal, sustentado en las causales tasadas previstas en el artículo 429 incisos 2 y 3 del Código Procesal Penal, habilitado por el artículo 427, inciso 4 del acotado Código Procesal, interpuesto por el Señor Fiscal Superior y el imputado.

II. NULO el auto de vista expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de San Martín-Tarapoto, de folios sesenta y cuatro del cuaderno de debate, del cuatro de setiembre de dos mil doce, que confirmó el auto de primera instancia, de folios veintinueve, del diecinueve de junio de dos mil doce, que declaró improcedente el pedido de sobreseimiento formulado por el imputado César Vicente Horna Tirado.

III. REVOCARON la resolución del Juez de la Investigación Preparatoria de folios veintinueve, del ocho de junio de dos mil doce, que declaró improcedente el pedido de sobreseimiento postulado por el imputado César Vicente Horna Tirado, **REFORMÁNDOLA** declararon **FUNDADA** la solicitud de sobreseimiento del imputado César Vicente Horna Tirado, en la causa que se le sigue por los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, lesiones culposas graves, en agravio de Jessica Joselyne Correa Zamora, y contra la administración pública, fuga en accidente de tránsito, en agravio del Estado.

IV. ORDENARON el archivo definitivo de los actuados y la devolución al juzgado de origen para que conforme a los términos del artículo 347, inciso 2, del Código Procesal Penal, proceda a la anotación y levante las medidas coercitivas, personales y reales que se hubieran expedido contra la persona o bienes del imputado.

V. MANDARON que la Sala Penal de Apelaciones y las demás Cortes Superiores de los Distritos Judiciales en los que se encuentra en vigencia el Código Procesal Penal consideren ineludiblemente como doctrina jurisprudencial vinculante lo señalado en el fundamento jurídico décimo de la presente Ejecutorío Suprema, de conformidad con el artículo 427, inciso 4 del Código Procesal Penal.

VI. DISPUSIERON se transcriba la presente Ejecutoria a las Cortes Superiores en las que rige el Código Procesal Penal para su conocimiento y fines, y se publique en el diario oficial "El Peruano".

Sres. PARIONA PASTRANA /**BARRIOS ALVARADO /TELLO GIRALDI /**NEYRA FLORES /MORALES PARRAGUEZ

2.
RECURSO DE NULIDAD N.° 4003-2013-LIMA
EXCEPCIÓN DE NATURALEZA DE JUICIO Y ADECUACIÓN DEL TRÁNSITO DEL PROCESO

Recurso de Nulidad	**N.° 4003-2013-Lima**
Fecha:	27.01.2015
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponentes	Josué Pariona Pastrana
Tema	Excepción de naturaleza de juicio y adecuación del tránsito del proceso
Precedente vinculante	ff. jj. n.ºs 5, 6 y 7
Concordancia	Código de Procedimientos Penales: art. 5 y 301-A

SUMILLA:

La Sala Superior Penal debió proseguir con el trámite del presente proceso, así haya quedado subsistente el delito de estafa, pues si bien dicho delito debe ser tramitado en vía sumaria, conforme lo dispone el Decreto Legislativo número ciento veinticuatro; sin embargo, el A-quem -y en general los operadores de justicia- no debe ser puramente formalista, sino debe efectuar un juicio de ponderación frente a las situaciones que se presentan en el proceso a favor de los justiciables; debiendo aplicar los principios de celeridad y economía procesal; tanto más, si no se le vulnera derecho alguno, manteniendo el proceso ordinario a pesar que del concurso de delitos per el que se inició ordinario y sumarte solo subsiste el segundo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N.° 4003-2013
LIMA

Lima, veintisiete de enero del dos mil quince.

VISTOS: Los recursos de nulidad interpuestos por las defensas de las partes civiles constituidas por los agraviados Jaime César Luza Elías y Ezequiel Vargas Torres Celiz contra la resolución de fojas ciento sesenta y cuatro, del diecinueve de setiembre del dos mil trece, en el extremo que por mayoría declaró fundada de oficio la excepción de naturaleza de juicio; interviniendo como ponente el señor juez supremo Pariona Pastrana de conformidad en parte con el dictamen del señor fiscal adjunto supremo en lo Penal; y

CONSIDERANDO

Primero: La defensa de la parte civil constituida por el agraviado Luza Elías en su recurso de nulidad fundamentado a fojas ciento setenta y tres, alega vulneración a la debida motivación y al debido proceso al considerar que no debió variarse la vía procedimental del proceso de la ordinaria a la sumaria, pues ya existía dictamen acusatorio y el juicio oral se instaló, habiéndose podido proseguir el acto oral. Por otro lado, la defensa de la parle civil constituida por el agraviado Torres Celiz en su recurso de nulidad fundamentado a fojas ciento setenta y ocho, alega que se inobservó manifiestamente la uniforme jurisprudencia de la Corte Suprema en tanto se dispone que el proceso penal continúe en caso el delito que inicialmente determinó la vía procedimental sea archivada.

Segundo: Revisado lo actuado se tiene que a mérito de la formalización de denuncia de fojas uno, se emitió el auto de apertura de instrucción de fojas cuatro, del veinte de diciembre del dos mil ocho, en vía sumaria contra los encausados Jesús Ernesto Rosas Benavides, Juan Carlos Buendía Aservi, Miguel Arturo Cornejo Díaz y Luis Samir Cereceda Durand como presuntos autores del delito contra el patrimonio, en la modalidad de estafa, en agravio de Jaime César Luza Elías y Ezequiel Vargas Torres Celiz; y por delito contra la tranquilidad pública, en la modalidad de asociación ilícita para delinquir, en agravio de la Sociedad. Posteriormente, la señora juez del Vigésimo Sétimo Juzgado Penal de Lima, advierte que uno de los delitos instruidos es el de asociación ilícita para delinquir, por tanto, su trámite correspondería llevarse a cabo en el proceso ordinario; en ese sentido, emite la resolución de fojas noventa y tres, del dieciocho de enero del dos mil diez, adecuando el trámite del proceso a la vía ordinaria, prosiguiéndose conforme su estado y naturaleza; emitiéndose el informe final de fojas ciento nueve, y elevado los autos a la Sala Superior fueron derivados a la Quinta Fiscalía Superior Penal de Lima, emitiendo el dictamen de fojas ciento catorce, subsanada a fojas ciento veinticuatro, ciento veintiséis y ciento veintinueve, formulando acusación contra Jesús Ernesto Rosas Benavides, Juan Carlos Buendía Aservi, Miguel Arturo Cornejo Díaz y Luis Samir Cereceda Durand como co-autores del delito contra el patrimonio, en la modalidad de estafa, en agravio de Jaime César Luza Elías y Ezequiel Vargas Torres Celiz; y por delito contra la tranquilidad pública, en la modalidad de asociación ilícita para delinquir, en agravio de la Sociedad, proponiendo se le imponga a los tres primeros seis años de pena privativa de libertad y al último cinco años de pena privativa de libertad y se fije la reparación civil en doce mil soles que en forma solidaria deberán pagar a los agraviados conjuntamente con el tercero civilmente responsable. Emitido el auto superior de enjuiciamiento de fojas ciento treinta y uno, del doce de abril del dos mil trece, se señaló fecha y hora para el inicio del juicio oral, la misma que se llevó a cabo conforme se advierte de las fichas de fojas ciento treinta y dos, ciento treinta, y cinco, ciento cuarenta y siete, ciento cincuenta y seis, ciento cincuenta y nueve, siendo en la sesión de audiencia del diecisiete de junio del dos mil trece —ver acta a fojas ciento sesenta y uno—, se declaró quebrado el juicio oral. Asimismo, por resolución de fojas

ciento sesenta y cuatro, del diecinueve de setiembre del dos mil trece, la Quinta Sala Penal para Procesos con Reos Libres de Lima, declaró: **A)** por unanimidad **FUNDADA** la excepción de cosa juzgada deducida por los encausados Juan Carlos Buendía Aservi y Jesús Ernesto Rosas Benavides, y de oficio a favor de Luis Samir Cereceda Durand, en el proceso que se les sigue por delito contra la tranquilidad pública, en la modalidad de asociación ilícita para delinquir, en agravio de la Sociedad; **B)** por unanimidad **FUNDADA** de oficio la excepción de naturaleza de acción a favor del acusado Miguel Arturo Cornejo Díaz en el proceso que se le sigue por delito contra la tranquilidad pública, en la modalidad de asociación ilícita para delinquir, en agravio de la Sociedad; **C)** por mayoría **FUNDADA** de oficio la excepción de naturaleza de juicio a favor de los encausados Jesús Ernesto Rosas Benavides, Juan Carlos Buendía Aservi, Miguel Arturo Cornejo Díaz y Luis Samir Cereceda Durand en el proceso que se les sigue por delito contra el patrimonio, en la modalidad de estafa, en agravio de Jaime César Luza Elías y Ezequiel Vargas Torres Celiz; en consecuencia, ADECUARON el trámite al PROCESO SUMARIO, declarando nulo el auto superior de enjuiciamiento e insubsistente el dictamen acusatorio, remitiéndose lo actuado al Juzgado Penal de origen para que prosiga con el trámite que corresponde.

TERCERO: Corresponde señalar que en estricto cumplimiento al principio de congruencia recursal, este Supremo Tribunal emitirá pronunciamiento solo respecto de la excepción de naturaleza de juicio que fue por mayoría declarada de oficio fundada, extremo que únicamente fuera impugnado por las defensas de las partes civiles constituidas por los agraviados Jaime César Luza Elías y Ezequiel Vargas Torres Celiz. En ese sentido, el hecho de haber mencionado, en el considerando anterior, las excepciones de cosa juzgada y naturaleza de acción por delito de asociación ilícita para delinquir se debe a que era pertinente hacer notar que al haber sido declaradas fundadas, implicaba que solo subsista el delito de estafa —que se tramita en vía sumaria— y como consecuencia de ello, los señores jueces superiores en mayoría adecúen el proceso en la vía sumaria; en consecuencia, este Supremo Tribunal deberá establecer si la decisión adoptada por la Sala Superior de sumarizar el proceso fue la correcta o si debió proseguirse con el mismo, teniendo en cuenta el estado de la causa al momento de resolver.

CUARTO: El artículo cinco del Código de Procedimientos Penales, establece que la excepción de naturaleza de juicio es deducible cuando se ha dado a la denuncia una sustentación distinta a la que corresponde al proceso penal. Es cierto que nuestro ordenamiento jurídico penal en los procesos regulados con el Código de Procedimientos Penales de mil novecientos cuarenta, cuyo texto ha sido modificado en el decurso, establece dos vías para su trámite, esto es, la sumaria y ordinaria; así, la Ley número veintiséis mil seiscientos ochenta y nueve, establece los delitos cuyos procesos se tramitarán en la vía ordinaria, encontrando en su primer artículo, inciso g) (incorporado por Ley número veintinueve mil trescientos treinta y seis) al delito contra la tranquilidad pública,

asociación ilícita para delinquir; por otro lado, el Decreto Legislativo número ciento veinticuatro, en su artículo segundo se establece un catálogo de delitos sujetos al procedimientos sumario, entre los cuales está el delito de estafa —ver inciso D) del numeral cinco de la citada norma—. Asimismo, el artículo primero del Decreto Legislativo aludido, establece que en el caso de concurso de delitos —como ocurrió en el caso de autos—, alguno de los cuales sea más grave que los comprendidos en dicha norma, el procedimiento se seguirá por los trámites del proceso ordinario.

Ejecución de naturaleza de juicio: trámite

QUINTO: Este Supremo Tribunal considera que la Sala Superior Penal debió proseguir con el trámite del presente proceso, al haber quedado subsistente el delito de estafa, pues si bien dicho delito corresponde ser tramitado en vía sumaria conforme lo dispone el Decreto Legislativo número ciento veinticuatro; sin embargo, el *ad quem* y en general los operadores de justicia— no debe ser puramente formalista, sino debe efectuar un juicio de ponderación frente a las situaciones que se presentan en el proceso a favor de los justiciables (encausados y agraviados); en tanto, ellos en puridad buscan que sus pretensiones sean resueltas de una manera rápida y eficaz, viéndose ello reflejado en un pronto fallo, por lo que para lograr ello se debió tener en cuenta los principios de celeridad, economía procesal y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable; el primer principio en mención alude al derecho que le asiste al justiciable de que las diligencias se lleven a cabo sin postergaciones indebidas ni impertinentes, mientras, que por el principio de economía procesal entendemos al mandato de que se evite toda dilación o demora del proceso innecesarias, puesto que son más onerosas para los sujetos procesales y para el Estado, no solo en términos presupuestarios sino también en los de carga procesal; de otro lado, el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas es un derecho que tiene el procesado y se dirige a los órganos jurisdiccionales creando en ellos la obligación de actuar en un plazo razonable el *ius puniendi;* asimismo, se debió tener presente el derecho a la tutela judicial efectiva que constituye el derecho de acceder al sistema judicial, precisando que esta solicitud de acceso a la justicia debe ser resuelta de manera rápida y oportuna.

Actuación judicial: Principios de celeridad, economía procesal y derecho a ser juzgado en un plazo razonable

SEXTO: La Sala Superior Penal debió considerar que al emitir su resolución declarando fundada las excepciones de naturaleza de acción y cosa juzgada por el delito de asociación ilícita para delinquir, subsistía aún la acusación —ver dictamen a fojas ciento catorce— contra los encausados Jesús Ernesto Rosas Benavides, Juan Carlos Buendía Aservi, Miguel Arturo Cornejo Díaz y Luis Samir Cereceda Durand como coautores del delito contra el patrimonio, en la modalidad de estafa, en agravio de Jaime César Luza Elías y Ezequiel Vargas Torres Celiz; por tanto, debió llevar a cabo el juicio oral, y no declarar insubsistente la

aludida acusación, tanto más, si proseguir con el proceso no implicaba afectar o. vulnerar derecho alguno a los encausados, menos aún, a las demás partes procesales, por el contrario, el proceso penal ordinario resulta más garantista, en tanto, someterse a un juicio oral implica desarrollar los principios rectores del proceso, tales como inmediación, oralidad, publicidad y contradictorio. Aunado a ello, se debió interpretar la segunda disposición transitoria del Decreto Legislativo número ciento veinticuatro, que establece: *"Las instrucciones que se encuentren en los tribunales correccionales con audiencia iniciadas o pendientes de realizarse y las que tengan dictamen fiscal, continuarán el trámite procesal con el que se iniciaron"*; evidenciándose que el sentido de la norma está orientada a no dilatar el proceso y que se culmine en un plazo razonable.

Juicio Oral: Garantista

SÉTIMO: La Sala Superior Penal al disponer la adecuación del proceso al trámite sumario lo único que originó fue retardar el trámite del proceso, tan es así, que los actuados principales no fueron remitidos al juzgado de origen conforme se había ordenado; en consecuencia, se debe disponer se lleve a cabo el juicio oral por delito de estafa, toda vez que los actuados siguen en la Instancia Superior, teniendo en cuenta los plazos procesales a efectos de evitar la prescripción de la acción penal.

DECISIÓN

Por estos fundamentos: declararon **HABER NULIDAD** en la resolución de fojas ciento sesenta y cuatro, del diecinueve de setiembre del dos mil trece, en el extremo que por mayoría declaró fundada de oficio la excepción de naturaleza de juicio a favor de los encausados Jesús Ernesto Rosas Benavides, Juan arlos Buendía Aserví, Miguel Arturo Cornejo Díaz y Luis Samir Cereceda Durand en el proceso que se les sigue por delito contra el patrimonio, en la modalidad de estafa, en agravio de Jaime César Luza Elías y Ezequiel Vargas Torres Celiz; en consecuencia **ADECUARON** el trámite al **PROCESO SUMARIO**, declarando nulo el auto superior de enjuiciamiento e insubsistente el dictamen acusatorio, remitiéndose lo actuado al Juzgado Penal de origen para que prosiga con el trámite que corresponde; **REFORMÁNDOLA** la declararon **INFUNDADA;** en consecuencia, **ORDENARON** que la Sala Superior Penal lleve a cabo juicio oral y se prosiga la causa conforme a su estado y naturaleza. **DISPUSIERON** que los fundamentos jurídicos cinco, seis y siete de esta Ejecutoria suprema constituyen precedente vinculante de conformidad con el inciso primero, del artículo trescientos uno guion A, del Código de Procedimientos Penales. **MANDARON** su publicación en el diario oficial *El Peruano*, y en el portal o página web del Poder Judicial. Y los devolvieron.

S.S.

VILLA STEIN / **PARIONA PASTRANA** / NEYRA FLORES / LOLI BONILLA

3.
CASACIÓN N.º 407-2015-TACNA
EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN Y LA VALORACIÓN DE LOS ACTOS DE APORTACIÓN DE HECHOS

Casación	**N.º 407-2015-Tacna**
Fecha	07.07.2016
Procedencia	Sala Penal Transitoria
Ponente	César San Martín Castro
Tema	Excepción de improcedencia de acción y la valoración de los actos de aportación de hechos
Jurisprudencia relevante	ff. jj. n.os 5 y 6 (Fundamentos de derecho)
Concordancia	Código Procesal Penal: art. 6.1.b

SUMILLA:
Excepción de improcedencia de acción
i) Para deducir una excepción de improcedencia de acción se debe partir de los hechos descritos por el Fiscal y el Juez para evaluar dicha excepción solo debe tener en cuenta los hechos incorporados por el fiscal en el acto de imputación pertinente. La excepción de improcedencia de acción se concreta en el juicio de subsunción normativa del hecho atribuido a un injusto penal o punibilidad. **ii)** El juicio procesal de la responsabilidad penal, no corresponde ser examinados en una excepción de improcedencia de acción.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
CASACIÓN N.º 407-2015
TACNA

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, siete de julio de dos mil dieciséis

VISTOS; el recurso de casación por inobservancia de precepto procesal interpuesto por el señor Fiscal Adjunto Superior de Tacna contra el auto de vista de fojas sesenta y tres, de dos de marzo de dos mil quince, que revocó el auto de primera instancia de fojas veinticuatro, de veinticinco de noviembre de dos mil catorce, y declaró fundada la excepción de improcedencia de acción deducida por el encausado

Willy Edwin Aycachi Gómez, por los delitos de asociación ilícita para delinquir en agravio de la sociedad y de receptación en agravio de personas no identificadas. Interviene como ponente el señor San Martín Castro.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero. Que por escrito de fojas siete, de nueve de setiembre de dos mil catorce, el apoderado del encausado Aycachi Gómez dedujo excepción de improcedencia de acción, en el proceso que se le sigue por los delitos de receptación agravada en agravio de personas no identificadas y asociación ilícita para delinquir en perjuicio de la sociedad.

Mediante los decretos de fojas catorce y diecisiete, de veintidós de setiembre de dos mil catorce y dieciséis de octubre del mismo año, respectivamente, se señaló fecha para la audiencia preliminar. Ésta se llevó a cabo el veinticinco de noviembre del mismo año.

Segundo. Que la audiencia quedó registrada en el acta de fojas veintitrés. Concurrieron el Fiscal Adjunto Provincial y el abogado defensor del imputado Aycachi Gómez. Este último señaló que, conforme con el poder que corre en autos, también interviene por Regina Larico Huarachi, quien se adhiere a la excepción. Asimismo, asistió el mismo imputado Aycachi Gómez. En la citada audiencia el juez de la Investigación Preparatoria, por auto de fojas veinticuatro, de veinticinco de noviembre de dos mil catorce, previo debate contradictorio, declaró infundada la excepción de improcedencia de acción. Contra esa decisión recurrió en apelación la defensa de Aycachi Gómez; alzada que fue concedida con efecto suspensivo por auto de fojas treinta y seis, de uno de diciembre de dos mil catorce.

Tercero. Que la Sala Penal de Apelaciones, por auto de vista de fojas sesenta y tres, de dos de marzo de dos mil quince, revocó el auto de primera instancia de fojas veinticuatro, de veinticinco de noviembre de dos mil catorce, y declaró fundada la excepción de improcedencia de acción deducida por el encausado Willy Edwin Aycachi Gómez, por los delitos de asociación ilícita para delinquir en agravio de la sociedad y de receptación en agravio de personas no identificadas.

Cuarto. Que el Señor Fiscal Adjunto Superior de Tacna interpuso recurso de casación por escrito de fojas setenta y cinco, de dieciséis de marzo de dos mil quince, bajo el motivo de infracción de precepto material (artículo 429, apartado 3 del Nuevo Código Procesal Penal). Sostiene que el auto de vista extralimitó los alcances de la excepción de improcedencia de acción, debido a que realizó una valoración de la prueba actuada; y, a partir de ello, estima que el Tribunal Supremo debe interpretar los alcances del artículo 6, apartado 1, literal b del Nuevo Código Procesal Penal.

Concedido el recurso de casación por auto de fojas setenta y nueve, de diecinueve de marzo de dos mil quince, se elevó el cuaderno a este Supremo Tribunal con fecha veintitrés de junio de dos mil quince.

Quinto. Que cumplido el trámite de traslados a las partes recurridas, este Tribunal de Casación, por Ejecutoria Suprema de fojas veintisiete, de dos mil catorce de diciembre de dos mil quince, del cuadernillo formado en esta instancia Suprema, admitió a trámite el citado recurso, pero por inobservancia de precepto procesal (artículo 429, apartado 2 del Nuevo Código Procesal Penal).

Sexto. Que instruido el expediente en Secretaría, señalada la fecha para la audiencia el jueves treinta de junio del presente año, realizada esta con la concurrencia del señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal, doctor Alcides Chinchay Castillo, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

Séptimo. Que deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, este Supremo Tribunal cumple con pronunciar y dar lectura de sentencia de casación que se señaló para el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Que, conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas veintisiete del cuaderno de casación, de catorce de diciembre de dos mil quince, el motivo de casación admitido es de inobservancia de precepto procesal. Al respecto, el Fiscal Adjunto Superior de Tacna, en su recurso formalizado denuncia una extralimitación de los alcances de la excepción de improcedencia de acción por parte del Tribunal de Apelación, al haber valorado la prueba actuada.

Segundo. Que el auto de vista impugnado en casación precisa lo siguiente:

> **A.** Se imputa a Aycachi Gómez que el día siete de junio de dos mil catorce fue a recoger unas cajas que contenían autopartes robadas que las adquirió, recibió en donación e iba a esconder, vender o negociar, a pesar de que estas tenían origen ilícito. El imputado Aycachi Gómez nunca pudo recoger las cajas porque fue capturado por la policía momentos antes de que se consumara dicho acto. El fiscal sostiene que se le puede imputar el delito de receptación.
>
> Asimismo, el imputado Aycachi Gómez sería la persona quien recepta bienes desde la ciudad de Moquegua, conformando, de esta manera, una organización criminal destinada al tráfico de bienes de procedencia ilícita.
>
> **B.** Respecto al delito de receptación, el Ministerio Público deberá probar, además del origen ilícito de los bienes incautados, el

conocimiento que el imputado tenía de su procedencia delictiva y su posibilidad de ejecución en orden a los verbos rectores del tipo penal de receptación. En este sentido —enfatiza—, el Ministerio Público se encontraría en un imposible jurídico, ya que si bien se capturó al encausado por inmediaciones del vehículo, no se permitió que tuviera contacto con los bienes enviados, lo que imposibilitaría saber la finalidad y destino que les daría a esos artículos, o si tenía conocimiento del contenido de las cajas, por lo que se puede presumir la estructura de muchas posibilidades de escasa relevancia penal. Lo expuesto, por consiguiente, permite concluir que el hecho no constituye delito.

C. Con relación al delito de asociación ilícita para delinquir, el imputado fue capturado cuando pretendía recoger dos cajas remitidas desde la ciudad de Moquegua por una tercera persona; que, en cuanto al interrogante acerca de si conocía su contenido, subsistirá la duda, en todo caso, porque nunca tuvo contacto con las mismas; de tal forma que resulta imposible probar ese conocimiento previo. Además, el Ministerio Público no ha establecido una vinculación a nivel de organización entre el imputado y la persona que remitió los paquetes, por lo que pudo haber actuado en coautoría, sin necesidad de calificar los hechos como propios de una asociación destinada a cometer actos ilícitos. Los fundamentos expuestos permiten concluir que este hecho tampoco constituye delito.

Tercero. Que el análisis del recurso se centra en definir los alcances que tiene la norma procesal para calificar —determinar su recto sentido y notas características— y resolver una excepción de improcedencia de acción. Centralmente corresponde decidir si para resolver el mérito de excepción es posible realizar una valoración del material instructorio o de los actos de aportación de hechos.

Cuarto. Que desde ya cabe afirmar que la excepción de improcedencia de acción presenta dos alcances, conforme lo establece el artículo 6, apartado 1, literal b, del Nuevo Código Procesal Penal: **1.** El hecho no constituye delito. **2.** El hecho no es justificable penalmente. El primer punto abarca la antijuricidad penal del objeto procesal: tipicidad y antijuricidad. El segundo se ubica en la punibilidad y comprende la ausencia de una condición objetiva de punibilidad o la presencia de una causa personal de exclusión de la pena o excusa absolutoria —son circunstancias que guardan relación con el hecho o que excluyen o suprimen la necesidad de pena— [San Martín Castro, César Eugenio. *Derecho Procesal Penal. Lecciones*, Lima: INPECCP, 2015, página 284].

Aplicabilidad de la excepción de improcedencia de acción

Tipicidad y antijuridicidad del hecho imputado

En el presente caso, por el propio planteamiento, no corresponde analizar si el hecho no es justiciable penalmente, sino si los hechos atribuidos al imputado constituyen o no delito. Procesalmente, debe determinarse, en el caso de esta excepción —que tiene características singulares—, si se presenta una cuestión de derecho penal material que niega la adecuación típica del hecho imputado o si se alega, desde esa misma perspectiva, un elemento fáctico que importa la exclusión de la antijuridicidad penal de la conducta atribuida.

Quinto. Que, ahora bien, es obvio que para deducir una excepción de improcedencia de acción se debe partir de los hechos descritos en la Disposición Fiscal de Formalización de la Investigación Preparatoria. A su vez, el juez, al evaluar dicha excepción, solo debe tener en cuenta los hechos incorporados por el fiscal en el acto de imputación pertinente.

Presupuesto de la excepción de improcedencia de acción

En efecto, la excepción de improcedencia de acción se concreta, por su propia configuración procesal, en el juicio de subsunción normativa del hecho atribuido a un injusto penal o a la punibilidad, en tanto categorías del delito, distintas de la culpabilidad —tanto como juicio de imputación personal cuanto como ámbito del examen de su correlación con la realidad— [Recuso de Nulidad número seiscientos veintiocho guión dos mil trece diagonal Cusco, de cuatro de octubre de dos mil trece].

La valoración de los actos de aportación de hechos

Sexto. Que, analizando el caso concreto, resulta evidente que, conforme lo expresado en el fundamento jurídico segundo de esta Ejecutoria Suprema, el Tribunal de Apelación realizó una valoración del material instructorio para definir los hechos y su mérito, pues sobre esa base estimó si es dable, desde las máximas de la experiencia, inferir tanto el conocimiento de la procedencia delictiva de los bienes incautados cuanto una vinculación a nivel de organización delictiva entre el imputado y el remitente de los paquetes cuestionados. Realizó, pues, una inferencia probatoria en un momento procesal inoportuno.

En virtud de lo precedentemente expuesto, es pertinente concluir que los hechos —sin ingresar a realizar una valoración de los materiales instructorios—, como ha quedado expresado, constituyen en principio delitos de receptación y de asociación ilícita para delinquir. La valoración de los actos de aportación de hechos, por estar referidos al juicio procesal de la responsabilidad penal, no corresponde ser examinados en una excepción de improcedencia de acción.

DECISIÓN

Por estas razones:

I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por inobservancia de la garantía de precepto procesal interpuesto por el señor Fiscal Adjunto Superior de Tacna; en consecuencia: **CASARON** el auto de vista de fojas sesenta y tres, de dos de marzo de dos mil quince, que revocó el auto de primera instancia de fojas veinticuatro, de veinticinco de noviembre de dos mil catorce, y declaró fundada la excepción de improcedencia de acción deducida por el encausado Willy Edwin Aycachi Gómez por delitos de asociación ilícita para delinquir en agravio de la sociedad y de receptación en agravio de personas no identificadas; y actuando en sede de instancia: **CONFIRMARON** el auto de primera instancia de fojas veinticuatro, de veinticinco de noviembre de dos mil catorce, que declaró infundada la referida Excepción de improcedencia de acción.

II. ORDENARON la continuación del proceso.

III. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública; y, acto seguido, se notifique a todas las partes personadas en esta sede Suprema.

IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuadernillo de casación en esta Suprema Corte. Interviene el señor Juez Supremo José Antonio Neyra Flores por licencia del señor Juez Supremo Jorge Luis Salas Arenas.

S.S. SAN MARTÍN CASTRO /PRADO SALDARRIAGA /BARRIOS ALVARADO /PRÍCIPE TRUJILLO /NEYRA FLORES

II.
EL IMPUTADO Y EL AGRAVIADO

1.
RECURSO DE NULIDAD N.° 1768-2006-LORETO
EL DERECHO DE DEFENSA DEL REO AUSENTE

Recurso de Nulidad	**N.° 1768-2006-Loreto**
Fecha:	12.07.2006
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponente	César San Martín Castro
Tema	El derecho de defensa del reo ausente
Precedente vinculante	f. j. n.° 3
Concordancia	Código de Procedimientos Penales: arts. 298.1, 301-A, 321 y 232

SUMILLA:
Que si bien es cierto el imputado tenía la condición de reo ausente, ello en modo alguno puede limitar su derecho a la prueba pertinente, en tanto se trata de un elemento de carácter instrumental que integra el contenido esencial del derecho de defensa [...] sin que desde el principio de proporcionalidad pueda justificarse impedir toda solicitud de prueba por la mera condición de reo ausente, pues se introduce un factor disciplinario ajeno por completo a la función y razón de ser de la actividad probatoria, solo limitable por razones de estricta pertinencia y legalidad [...] así como por motivos de conducencia y utilidad [...] y de oportunidad procesal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N.° 1768-2006
LORETO

Lima, doce de julio del dos mil seis.

VISTOS: El recurso de nulidad interpuesto por el encausado Julio Guzmán Upiachihuay contra la sentencia condenatoria de fojas quinientos cincuenta y nueve, del treinta y uno de marzo del dos mil seis; con lo expuesto por el señor fiscal supremo en lo Penal.

CONSIDERANDO

Primero: Que el acusado Guzmán Upiachihuay en su recurso formalizado de fojas quinientos setenta y cuatro sostiene que los cargos que se le atribuyen no tienen prueba que lo sustente, que los medios de prueba que ofreció han sido declarados improcedentes con expresa vulneración del derecho a la prueba y de defensa, y que el fiscal en acto oral se pronunció por su irresponsabilidad; agrega que en el debate oral se acreditó que no llevó el dinero incautado a su coacusada Alva Jesús, que no tiene solvencia económica, que no está registrado en la lista de pasajeros que viajaron a la localidad de Estrecho en mil novecientos noventa y seis —trabajaba como peón en esa fecha— y que no registra movimiento migratorio; finalmente precisa que la versión de su coimputada Alva Jesús es inverosímil, que el testigo Edison Guzmán Upiachihuay no le formula cargo alguno, y que las sentencias condenatorias anteriores impuestas a sus coacusados Carrión Campos y Alva Jesús no pueden servir para condenarlo.

Segundo: Que el encausado Julio Guzmán Upiachihuay tenía la condición de reo ausente, declarado por auto de fojas ciento noventa, del treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y seis, y fue capturado por la Policía y puesto o disposición del órgano jurisdiccional el veinte de diciembre del dos mil cinco —véase oficio de fojas cuatrocientos ochenta y tres—, por lo que se señaló fecha para audiencia el veintiuno de marzo del dos mil seis según el auto de citación a juicio de fojas cuatrocientos ochenta, del diez de enero del dos mil seis; que el citado acusado ofreció y acompañó diversas pruebas de carácter instrumental en sus escritos de fojas cuatrocientos noventa y cinco, quinientos veintiocho, quinientos treinta, quinientos treinta y dos, quinientos treinta y cinco, así como ofreció la testimonial de Edison Guzmán Upiachihuay en su escrito de fojas quinientos treinta y siete, los cuales fueron presentados con anterioridad al inicio del acto oral, incluso tres días antes de la realización de la audiencia; que, sin embargo, en la sesión de insolación —véase acto de fojas quinientos treinta y nueve— solo se aceptó parte de la prueba instrumental ofrecida y acompañada por el acusado, sin que se justifique la aceptación de una y la desestimación de otra, y para este último caso se invocó lo dispuesto en el artículo trescientos veintiuno del Código de Procedimientos Penales, que es una norma preconstitucional; que asimismo, se inadmitió la prueba testifical ofrecida porque no se presentó pliego interrogatorio y porque era de aplicación la norma antes invocada.

Captura del encausado y apertura de la audiencia

Ofrecimiento de prueba del encausado

Problemática entorno al ofrecimiento de pruebas

Tercero: Que si bien es cierto el imputado tenía la condición de reo ausente, ello en modo alguno puede limitar su derecho a la prueba

pertinente, en tanto se trata de un elemento de carácter instrumental que integra el contenido esencial del derecho de defensa reconocido en el inciso catorce del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política, sin que desde el principio de proporcionalidad pueda justificarse impedir toda solicitud de prueba por la mera condición de reo ausente, pues se introduce un factor disciplinario ajeno por completo a la función y razón de ser de la actividad probatoria, solo limitable por razones de estricta pertinencia y legalidad (vinculada a la regla de pertinencia, en tanta que lo ilegal es en sí mismo impertinente), así como por motivos de conducencia y utilidad [que responden a la regla de necesidad de la prueba], y de oportunidad procesal; que, en tal virtud, el procedimiento especial establecido en el artículo trescientos veintiuno del Código de Procedimientos Penales debe interpretarse a la luz del derecho fundamental a la prueba y al debido proceso, que exige entender que el desarrollo del juicio oral puede concebirse como una actividad meramente leída sino como una actividad procesal que implica, entre otros numerosos actos procesales, la actuación de la prueba bajo los principios de oralidad, inmediación y concentración.

Efectos sobre el derecho a la prueba por la condición del reo ausente

Sobre el desarrollo del juicio oral

Cuarto: Que en el presente caso, el acusado ofreció prueba antes del inicio del debate oral, entre estas que se encuentra la prueba testifical que, por lo demás, con arreglo al artículo doscientos treinta y dos del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve, no tiene como exigencia formal la presentación de pliego interrogatorio, pese a lo cual la mayoría de esas solicitudes probatorias fueron rechazadas sin ofender o las exigencias constitucionales anteriormente descritas —introduciendo incluso diferencias de tratamiento sin justificación razonable alguno, que consecuentemente vulnera el principio de igualdad ante la ley— por lo que se ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el inciso uno del artículo doscientos noventa y ocho del Código de

Procedimientos Penales al haber lesionado el entorno jurídico del imputado ocasionándole efectiva indefensión material, la cual ha sido parte de sus agravios en la formalización del recurso de nulidad.

Causal de nulidad por el rechazo de las solicitudes probatorias e indefensión material

Quinto: Que, por otro lado, en atención a la meta del esclarecimiento del hecho punible imputado, propia del proceso penal, a la que no puede estar ajena el Tribunal en un modelo de proceso como el que reconoce el vigente Código de Procedimientos Penales, resulta imprescindible que declaren, de ser posible, no solo Edison Guzmán Upiachihuay, sino también los sentenciados José Martínez Carrión Campos y Mery Albertina Alva Jesús.

Sexto: Que dado el carácter general y trascendente que entraña la interpretación del artículo trescientos veintiuno del Código de Procedimientos Penales, "desarrollada en el fundamento jurídico tercero, corresponde que en aplicación del artículo trescientos uno-A, apartado uno, del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve, se considere precedente vinculante.

DECISIÓN

Por estos fundamentos: Declararon **NULA** sentencia condenatoria de fojas quinientos cincuenta y nueve, del treinta y uno de marzo del dos mil seis; **ORDENARON** se realice nuevo juicio oral por otro Colegiado, ocasión en que se proveerá adecuadamente las solicitudes probatorias materia de los escritos de fojas cuatrocientos noventa y cinco, quinientos veintiocho, quinientos treinta, quinientos treinta y dos, quinientos treinta y cinco y quinientos treinta y siete y se citará para que declaren a Edison Guzmán Upiachihuay, José Martínez Carrión Campos y Mery Albertina Alva Jesús; **ESTABLECIERON** como precedente vinculante el fundamento jurídico tercero de la presente Ejecutoria; **MANDARON** que esta Ejecutoria se publique en el diario oficial y en la página web del Poder Judicial; y los devolvieron.

S.S.

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

2.
CASACIÓN N.º 136-2013-TACNA
LOS DERECHOS PROTEGIDOS A TRAVÉS DE LA TUTELA DE DERECHOS Y LOS EFECTOS DE LA NO CONFIRMATORIA DE LA INCAUTACIÓN

Casación	**N.° 136-2013-Tacna**
Fecha:	11.06.2014
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponente	Luis Alberto Cevallos Vegas
Tema	Los derechos protegidos a través de la tutela de derechos y los efectos de la no confirmatoria de la incautación
Doctrina jurisprudencial vinculante	ff. jj. n.os 3.4, 3.6, 3.10 y 3.11
Concordancia	Código Procesal Penal: arts. 71.1, 71.2, 71.3, 218.2, 316. Ley de Delitos Aduaneros: art. 13

SUMILLA:

3.4.) No toda afectación se puede reclamar a través de la audiencia de tutela de derechos, por cuanto, al ser una institución procesal el legislador y la jurisprudencia se han establecido mecanismos específicos para determinados actos [...] constituyendo esta una lista cerrada de derechos.

3.6.) El derecho de ejecución de las resoluciones judiciales (comprendido dentro de la tutela procesal efectiva) no ha sido considerado dentro de dicho listado cerrado.

3.10.) La medida ya sea instrumental o cautelar, siempre será necesaria la revisión del órgano jurisdiccional y la expedición de la correspondiente resolución confirmatoria.

3.11.) De ser el caso, que el órgano jurisdiccional considere mediante resolución firme, que la medida no debe ser confirmada al no existir elementos de convicción que acrediten la vinculación del bien con el delito que se está sustanciando, [...] hace desaparecer el presupuesto principal de la incautación, por lo cual, los bienes que han sido objeto de intervención [....] deberán ser puestos a disposición de sus legítimos propietarios.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 136-2013
TACNA

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, once de junio de dos mil catorce.

VISTOS; el recurso de casación interpuesto por la abogada representante legal de SUNAT contra la resolución de vista emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tacna, del treinta y uno de agosto del dos mil once, que revocó la resolución número dos de fecha primero de julio del dos mil once, que declaró improcedente el pedido de tutela de derechos solicitado por la defensa técnica de Roomi Saqib y Syed Munner Raza, y reformándola declararon fundado el pedido de tutela de derechos y ordenaron al Juez de primera instancia disponga la restitución de los bienes incautados a la empresa Autocraft Perú Sociedad de Responsabilidad Limitada y el levantamiento de toda restricción respecto de los vehículos incautados; con la fundamentación del recurso de casación en audiencia pública. Interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Luis Alberto Cevallos Vegas.

CONSIDERANDO

Primero: Fundamentos del recurso

1.1. La abogada representante de la Superintendencia Nacional de administración Tributaria en su recurso de casación, invoca como causales de procedencia del recurso: a) La errónea interpretación de doctrina jurisprudencial en cuanto al acuerdo plenario N.º 5-2010/ CJ-116, respecto de los efectos jurídicos de la desaprobación de la medida de incautación; y **b)** Inaplicación de normas jurídicas penales especiales, como el artículo 13 de la ley de delitos aduaneros, respecto a la devolución de bienes objeto del delito aduanero de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas.

1.2. Indica como fundamentos de su recurso que: **a)** a través de la audiencia de tutela de derechos solamente se puede cuestionar los requerimientos ilegales que vulneren derechos fundamentales relacionados con los enumerados en el artículo 71 numerales 1 al 3 del Código Procesal Penal de 2004. En ese sentido, el pedido del abogado de los procesados debió ser declarado improcedente, toda vez que la medida de incautación recaía sobre los 193 vehículos de propiedad de las empresas procesadas no vulnera ningún derecho del artículo 71; **b)** se ha inaplicado el artículo 13 de la ley de delitos aduaneros, por cuanto, no se puede disponer la devolución de bienes incautados por delito de contrabando hasta que exista auto de sobreseimiento, sentencia condenatoria o absolutoria proveniente de resolución firme, que ordene

su decomiso o disponga la devolución; y, **c)** los efectos de no confirmar una incautación no repercute en la validez de ésta, la confirmatoria solo dota de naturaleza instrumental y efectos probatorios a la medida.

Segundo: Itinerario de la causa

2.1. Mediante resolución número uno de fecha 11 de marzo de 2011, el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Tacna, declaró fundado en parte el requerimiento de confirmatoria de incautación solicitado por el representante del Ministerio Público, respecto de 193 vehículos incautados por presunto ingreso ilegal al territorio nacional por la Empresa Autocraft Perú SRL. Esta decisión fue impugnada por la empresa afectada con la medida y por el Ministerio Público; siendo que la Sala Penal de Apelaciones que resolvió los recursos declaró fundada la oposición al requerimiento de confirmatoria de incautación y desaprobó en su totalidad el acta de incautación de fecha 3 de febrero de 2011, por considerar que no existen indicios de criminalidad, al no haberse acreditado mínimamente que los bienes importados tengan naturaleza ilegal que justifique la medida de incautación.

2.2. Con posterioridad a la emisión de dicha resolución, la empresa afectada por la medida solicitó en más de una oportunidad al Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Tacna, se cursen oficios a la Oficina de Aduanas de Tacna para que proceda conforme a la resolución de la Sala de Apelaciones que desaprobó la medida de incautación.

Consiguiendo con ello que se curse oficio a la oficina de Aduanas en Tacna y que el Juzgado responda que dicha entidad ya tenía conocimiento de la decisión del superior.

2.3. A consecuencia de ello, el abogado de Roomi Saqib y Syed Muneer Raza solicitó en vía de tutela de derechos se disponga la devolución de los bienes incautados al haberse desaprobado la medida de incautación que recayó sobre ellos, alegando la afectación del derecho a la tutela procesal efectiva.

2.4. El Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Tacna, programó audiencia de control de acusación, la cual se realizó con la concurrencia de la parte solicitante y del representante del Ministerio Público, declarando procedente el pedido de tutela de derechos al considerar que lo buscado por el solicitante era la ejecución de la resolución judicial que desaprobaba en su totalidad el requerimiento de confirmatoria de la incautación, derecho que no se encontraba comprendido entre los que se protege a través de esta institución.

2.5. Dicha decisión fue impugnada por los procesados y mediante resolución número 8 de fecha 31 de agosto del 2011, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tacna declaró fundada la solicitud de tutela de derechos y ordenó que el Juez de Investigación Preparatoria disponga la devolución de los bienes incautados a la empresa Autocraft Perú S.R.L. y el levantamiento de toda restricción respecto de los vehículos incautados.

2.6. Dicha resolución expedida por la Sala de Apelaciones, fue impugnada en vía de recurso de casación por la Superintendencia Nacional de Administración Tributario y mediante Ejecutoria Suprema de fecha 23 de agosto del dos mil trece, se declaró bien concedido el recurso de casación y se dejó expedita para vista de la causa.

Tercero: Fundamentos de la decisión

3.1. Del análisis del recurso de casación, las causales de procedencia alegadas, los fundamentos de la Ejecutoria que concedió el recurso y los agravios fundamentados en audiencia por la parte recurrente, se puede colegir que los problemas planteados para el desarrollo de doctrina jurisprudencial son los siguientes: **a)** los derechos protegidos a través de la solicitud de tutela de derechos y **b)** los efectos producidos por la no confirmatoria judicial de la incautación. Y en cuanto a la inaplicación de una norma penal el siguiente: **a)** la aplicación del artículo 13 de la ley N.º 28008, Ley de los Delitos Aduaneros.

Motivos de la casación

SOBRE LA TUTELA DE DERECHOS

3.2. El inciso 1), del artículo 71º del Código Procesal Penal de 2004, reconoce la posibilidad que tiene el imputado de hacer valer sus derechos reconocidos por la Constitución de *motu propio* o a través de su abogado defensor; asimismo, el inciso 2) de la misma disposición, reconoce taxativamente derechos procesales del imputado, los cuales deben ser comunicados de manera inmediata y comprensible cuando exista una imputación penal en su contra. De igual forma, el inciso 4), establece que: "[...] cuando el imputado considere que durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al juez de la investigación preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan. La solicitud del imputado se resolverá inmediatamente, previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes".

Regulación de los derechos del imputado

La tutela de derechos

3.3. La audiencia de tutela de derechos tiene por finalidad: "[...] la protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del imputado reconocidos por la Constitución y las leyes. Desde esta perspectiva, el juez de la investigación preparatoria se erige en un Juez de Garantías durante las diligencias preliminares y la Investigación Preparatoria ejerciendo su función de control de los derechos ante la alegación del imputado de que se ha producido la vulneración de uno o varios de sus derechos reconocidos específicamente en el artículo 71° del NCPP, responsabilizando al Fiscal o a la Policía del agravio. En otras palabras, su finalidad esencial consiste en que el Juez determine, desde la instancia y actuación de las partes, la vulneración al derecho o garantía constitucional prevista en la citada norma y realice un acto procesal (dictando una medida de tutela correctiva —que ponga fin al agravio—, reparadora —que lo repare, por ejemplo, subsanando una omisión— o protectora"[1].

Finalidad de la tutela de derechos

Ejercicio de la tutela de derechos

3.4. La tutela de derechos como institución procesal, tiene una finalidad protectora del imputado, quien en su calidad de parte acusada, se ve sometido al aparato estatal durante la investigación del delito a cargo de la Policía Nacional del Perú y el Ministerio Público, que por el especial papel que desempeñan en la lucha contra la criminalidad, en ciertos casos, recurren en excesos o negligencias, las cuales no pueden adjudicarse gratuitamente al procesado, por ello, el legislador ha establecido esta institución procesal, para que sea el juez quien controle estas falencias en el propio aparato estatal. No obstante, no toda afectación se puede reclamar a través de la audiencia de tutela de derechos, por cuanto, al ser una institución procesal el legislador y la jurisprudencia se han establecido mecanismos específicos para determinados actos (v.gr. el exceso de plazo en la investigación se discute a través del control de plazos).

Justificación normativa

Esta Corte Suprema a través de los Acuerdos Plenarios Penal N.° 04-2010-CJ-116 y N.° 02-2012-CJ-116 de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República ha desarrollado la institución de la tutela de derechos, habiéndose establecido como derechos legitimados para ser recurridos en vía de tutela los establecidos en el artículo 71 del Código Procesal Penal del 2004, constituyendo ésta una lista cerrada de derechos.

Desarrollo jurisprudencial

3.5. Se verifica de autos que la pretensión de la solicitud de tutela de derechos fue la ejecución de la decisión judicial que disponía la

1 Acuerdo Plenario Penal N.° 04-2010-CJ-116, de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, f. j. 11.

no confirmación de la incautación, siendo ello así, se reclamaba la imposibilidad del juzgado de Investigación Preparatoria de ejecutar dicha resolución, pretensión a la cual accedió la Sala de Apelaciones en vía de tutela de derecho, haciendo la salvedad que pese a no estar dentro de los derechos tutelados a través de esta institución se declaraba fundada la solicitud atendiendo al tiempo excesivo que los bienes se encontraban incautados pese a que la incautación no fue confirmada judicialmente.

Pretensión de la tutela en el caso concreto

3.6. Siendo que con anterioridad ya se ha determinado qué derechos queden ser objeto de tutela, el derecho de ejecución de las resoluciones judiciales (comprendido dentro de la tutela procesal efectiva) no ha sido considerado dentro de dicho listado cerrado, por lo cual discrecionalmente los órganos jurisdiccionales no pueden incorporar nuevos supuestos de procedencia, al dejar abierta la posibilidad de que se haga un uso abusivo, ilegítimo, se desnaturalice la figura de tutela y se permita al órgano jurisdiccional un control total tanto de las actuaciones de la Policía como del Ministerio Público.

Situación del derecho de ejecución de las resoluciones judiciales

Numerus clausus de los derechos tutelados

3.7. En ese sentido, el recurso debe ser declarado fundado, por cuanto, el derecho que se ha pretendido tutelar no se encuentra dentro de los vistos para la procedencia de esta institución jurídica, debiéndose reiterar que solo pueden ser objeto de tutela las afectaciones a los derechos comprendidos en el artículo 71 del Código Procesal Penal.

SOBRE LA CONFIRMATORIA DE INCAUTACIÓN

3.8. Con el rótulo de "incautación", el Código Procesal Penal del 2004, ha establecido dos instituciones jurídico procesales, una como medida de búsqueda de pruebas con restricción de derechos y otra como medida de coerción. 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.

Contenido de la incautación

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.

Función conservativa

Función preventiva

3.9. El artículo 316 del Código Procesal Penal establece que "[...] los efectos provenientes de la infracción penal o los instrumentos con que se hubiere ejecutado, así como los objetos permitidos por la ley siempre que exista peligro por la demora pueden ser incautados durante las primeras diligencias y en el curso de la investigación, ya sea por la Policía o por el Ministerio Público, debiendo el Fiscal requerir inmediatamente al Juzgado de Investigación Preparatoria la expedición de una resolución confirmatoria, la cual se emitirá sin trámite alguno en el plazo de dos días". Asimismo, el inciso 2), del artículo 218 del mismo cuerpo normativo establece que: "[...] la Policía no necesitará autorización del Fiscal ni orden judicial cuando se trata de una intervención en flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, de cuya ejecución dará cuenta inmediata al Fiscal. Cuando existe peligro por la demora, la exhibición o la incautación debe disponerla el Fiscal. En todos estos casos, el Fiscal una vez que tomó conocimiento de la medida o dispuso su ejecución, requerirá al juez de la investigación preparatoria la correspondiente resolución confirmatoria".

Objeto de la incautación

Incautación en flagrancia de delito

3.10. En ambos casos, el legislador ha establecido como imperativa la obligación del Ministerio Público, debe recurrir al órgano jurisdiccional para la expedición de la resolución confirmatoria, lo que evidencia que la medida ya sea instrumental o cautelar, siempre será necesaria la revisión del órgano jurisdiccional y la expedición de la correspondiente resolución confirmatoria. En ese sentido, los juzgados que evalúen dichos requerimientos deberán revisar no solo el plazo en el que es presentado el requerimiento, sino además y con mayor rigor, la proporcionalidad de la medida, la existencia efectiva de elementos de convicción que acrediten la relación con un evento delictivo, la fundamentación suficiente en la que se haga distinción en el tipo de incautación, la necesidad de la misma y los efectos sobre derechos del titular de los bienes.

Necesidad de resolución confirmatoria

Requerimientos

3.11. De ser el caso, que el órgano jurisdiccional considere mediante resolución firme, que la medida no debe ser confirmada al no existir elementos de convicción que acrediten la vinculación del bien con el delito que se está sustanciando, este escenario hace desaparecer el presupuesto principal de la incautación, por lo cual, los bienes que han sido objeto de intervención por la Policía o Ministerio Público, deberán ser puestos a disposición de sus legítimos propietarios, esto no solo reduce al mínimo la afectación al derecho de propiedad sino también garantizar que terceros que nada tuvieron que ver en el evento delictivo se vean afectados injustificadamente por la medida.

Inaplicación de la incautación

Los efectos del incumplimiento de la presentación o la presentación tardía del requerimiento de confirmatoria de incautación, solo acarrearan responsabilidad administrativa del fiscal encargado, pero en ningún caso la nulidad de la materialización de la medida. De darse esta circunstancia el titular del bien, que verifique la falta del requerimiento de confirmatoria, podrá recurrir en principio ante el fiscal encargado y al no obtener respuesta u obtener una negativa, podrá recurrir al órgano jurisdiccional, quien deberá evaluar las circunstancia con citación de resolver lo que al caso concreto atañe.

Requerimiento incumplido o tardío

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

3.12. Si bien en el presente caso la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tacna dispuso la devolución de los bienes incautados por considerar que no habían elementos de convicción que evidencien la comisión del delito de contrabando, esta decisión no debió ser conducida por la vía de la tutela de derechos por desnaturalizarse dicha vía, sino que debió ejercer medidas de coerción para el efectivo cumplimiento de sus resoluciones judiciales de corresponder ello.

Desarrollo procesal

3.13. En cuanto al agravio que denuncia la no aplicación del artículo 13 de la ley N.º 28008, Ley de los Delitos Aduaneros, debe indicarse que efectivamente dicha disposición normativa restringe la posibilidad de devolución de los bienes incautados relacionados con delitos aduaneros, a la concurrencia de una resolución firme que declare la absolución o el sobreseimiento de la causa, es decir, que exista un pronunciamiento de fondo respecto de la comisión del ilícito penal. Existiendo regulación expresa a través de una norma especial, la devolución de las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que sean considerados como susceptibles de ser incautados por tener relación con delitos aduaneros, solo podrán ser devueltos cuando exista sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento firme que así lo disponga, mientras no medida estas resoluciones permanecerán bajo custodia de la administración tributaria a pesar de no haberse confirmado la incautación.

Contenido de la incautación

3.14. En consecuencia, conforme a lo anteriormente expuesto, se concluye que Sala Superior incurrió en falta de aplicación del artículo 13 de la ley N.º 28008, Ley de los Delitos Aduaneros, por cuanto se dispuso de la devolución de bienes considerados objeto de delitos aduaneros sin mediar la sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento firme.

Conclusión del Tribunal

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por motivo de una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación y para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, interpuesto por la abogada representante legal de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria; en consecuencia:

II. CASARON la resolución de vista emitida por la Sala Penal Superior de la Corte Superior de Justicia de Tacna, del treinta y uno de agosto del dos mil once, que revocó la resolución número dos de fecha primero de julio del dos mil once, que dispone declarar improcedente el pedido de tutela de derechos solicitado por el abogado defensor de Roomi Saqib y Syed Munner Raza, y reformándola declararon fundado el pedido de tutela de derechos y ordenaron al Juez de primera instancia disponga la restitución de los bienes incautados a la empresa Autocraft Peru SRL y el levantamiento de toda restricción respecto de los vehículos incautados; y emitiendo pronunciamiento sobre el fondo y actuando como órgano de instancia: **CONFIRMARON** la resolución de primera instancia de fecha primero de julio del dos mil once que declaró improcedente la solicitud de tutela de derechos.

III. MANDARON que la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tacna y demás Cortes Superiores de los Distritos Judiciales que apliquen el Código Procesal Penal de 2004, consideren como doctrina jurisprudencial vinculante lo dispuesto en los fundamentos 3.4., 3.6., 3.10. y 3.11. de la presente Ejecutoria Suprema, debiéndose publicar en el Diario Oficial "El Peruano", de conformidad con el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal.

IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen; y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

Sres. Villa Stein /Pariona Pastrana /Barrios Alvarado /Neyra Flores /Cevallos Vegas

3.
CASACIÓN N.º 353-2011-AREQUIPA
LA FACULTAD DEL AGRAVIADO PARA IMPUGNAR EL AUTO DE SOBRESEIMIENTO, Y LA CARGA DE LA PRUEBA

Casación	**N.º 353-2011-Arequipa**
Fecha	14.06.2013
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponente	Javier Villa Stein
Tema	La facultad del agraviado para impugnar el auto de sobreseimiento y la carga de la prueba
Doctrina jurisprudencial vinculante	ff. jj. n.os 4.3-4.6
Concordancia	Código Penal: art. 190 Código Procesal Penal: Arts. 29, 95, 158, 347 y 427 Constitución Política del Perú: art. 159

SUMILLA:

4.5.) El agraviado del delito se encuentra en condiciones de ser un protagonista del proceso penal, encontrándose facultado por el Código Procesal Penal para participar activamente en el desarrollo del proceso [...], por ello, se advierte que [...] el Código Procesal Penal, [...] establece que: "el agraviado tendrá como derecho impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria".

4.6.) Como lo establece el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal, [...] el Ministerio Público es el titular de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba, debiendo actuar con objetividad, indagando no sólo los hechos constitutivos de delito, sino también los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado; sin embargo, ello no impide que el procesado pueda defenderse de la imputación fáctica que pesa en su contra, presentando medios de prueba de descargo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 353-2011
AREQUIPA

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, cuatro de junio de dos mil trece

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial en relación a la "inobservancia de las normas legales de carácter procesal", interpuesto por la defensa técnica de la empresa Ardiles Import S.A.C., respecto del auto de vista del diecinueve de julio de dos mil once, emitido por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, obrante a folios noventa y ocho del cuaderno de sobreseimiento, que declaró infundado el recurso de apelación interpuesto por la empresa Ardiles Import S.A.C., y confirmó la resolución número cero cuatro guión dos mil uno, del ocho de abril de dos mil once, que declaró fundado el requerimiento de sobreseimiento propuesto por el Ministerio Público; en consecuencia, dispuso el archivo definitivo de la causa seguida en contra de Hernán Sánchez Arispe, por el delito de apropiación ilícita, previsto en el primer párrafo del artículo ciento noventa del Código Penal, en agravio de la empresa Ardiles Import S.A.C., y dejó a salvo el derecho de la agraviada para exigir la obligación civil.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo Villa Stein.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Itinerario del proceso de primera instancia

1.1. Que, la señora Fiscal Provincial del Segundo Despacho de decisión temprana de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Arequipa, a fojas dos, con fecha treinta de diciembre de dos mil diez, requirió se declare el sobreseimiento de la causa, seguida contra Hernán Sánchez Arispe, como presunto autor del delito contra el Patrimonio, en la modalidad de Apropiación Ilícita, previsto por el primer párrafo del artículo ciento noventa del Código Penal, en agravio de la empresa Ardiles Import S.A.C.; en mérito a ello, el Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria, emitió la resolución del siete de enero de dos mil once, obrante a fojas siete, mediante el cual corrió traslado a la parte agraviada; motivo por el cual, la parte civil, formuló oposición a la solicitud de archivo.

1.2. Luego, el Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria, mediante resolución del diecisiete de marzo de dos mil once, obrante a fojas treinta y uno, señaló fecha para la audiencia preliminar de control de sobreseimiento, la misma que se llevó a cabo, conforme se aprecia del acta de audiencia, obrante a fojas treinta y ocho, oportunidad en la que se dictó la resolución del ocho de abril de dos mil once, que

declaró fundado el requerimiento de sobreseimiento propuesto por el Ministerio Público, dictándose el auto de sobreseimiento en el proceso seguido contra Hernán Sánchez Arispe, por el delito de apropiación ilícita, prevista en el primer párrafo del artículo ciento noventa del Código Penal, en agravio de la empresa Ardiles Import S.A.C.; contra la cual interpone recurso de apelación, por escrito del trece de abril de dos mil once, de fojas cuarenta y cuatro, la misma que fue concedida conforme se aprecia de la Resolución del diecinueve de abril de dos mil once, obrante a fojas setenta.

II. Del trámite recursal en segunda instancia

2.1. El Tribunal Superior por resolución del trece de mayo de dos mil once, de fojas ochenta, señaló fecha para la audiencia de apelación de auto, la que se concretó conforme al acta del veintiuno de junio de dos mil once, de fojas noventa y dos, con la intervención del representante de la parte agraviada, el Ministerio Público y abogado defensor del imputado, posteriormente, la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, procedió a dictar el auto de vista del diecinueve de julio de dos mil once, de fojas noventa y ocho, que declaró infundado el recurso de apelación propuesto por la empresa agraviada y confirmó la resolución del ocho de abril de dos mil once, que declaró fundado el requerimiento de sobreseimiento, propuesto por el Ministerio Público; en consecuencia, debe disponerse el archivo definitivo de la causa seguida, en contra de Hernán Sánchez Arispe, por el delito de apropiación ilícita, prevista en el primer párrafo del artículo ciento noventa del Código Penal, en agravio de la empresa Ardiles Import S.A.C.; sosteniendo que:

A. El artículo ciento cincuenta y nueve, numeral cinco de la Constitución Política del Estado y el artículo primero, del Decreto Legislativo número cero cincuenta y dos, establecen que el Ministerio Público es el titular de la acción penal; en consecuencia, si dicha parte, legitimada en el proceso penal, propone el sobreseimiento de la causa, sólo corresponde dar por sobreseído el proceso, en cumplimiento del principio acusatorio.

B. Siendo así, la apelación interpuesta por el agraviado, que contiene cuestionamiento a la decisión fiscal de sobreseimiento y a la resolución judicial que decide este extremo, no tiene legitimidad para ello; toda vez que, los derechos del agraviado están circunscritos al objeto civil del proceso.

C. Sin embargo, el agraviado no efectúo ningún cuestionamiento a la pretensión civil, ni en la audiencia preliminar, ni en la audiencia de apelación; en consecuencia, el Tribunal no tiene materia que resolver; por lo que, no existiendo agravio en el extremo que correspondería peticionar al apelante (pretensión civil), no es posible ampara la apelación; dejándose a salvo el derecho de la agraviada de exigir la obligación civil en la vía que corresponda, si así lo estima.

2.2. Estando a ello, el representante de la parte agraviada, interpuso recurso de casación, mediante escrito de fojas ciento quince, contra la resolución antes aludida, invocando como causales: i) inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal; manifiesta ilogicidad en la motivación de las resoluciones judiciales; la falta de aplicación del inciso d), del artículo noventa y cinco del Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y siete y falta de aplicación del inciso primero, del artículo ciento cincuenta y ocho del Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y siete.

III. Del trámite del recurso de casación interpuesto por la parte agraviada

3.1. El Tribunal Superior por resolución de fecha veintitrés de septiembre de dos mil once, de fojas ciento treinta y tres, concedió el recurso de casación extraordinario, respecto a la causal de: **i)** inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal (pluralidad de instancias y derecho de motivación de las resoluciones judiciales); **ii)** auto expedido con manifiesta ilogicidad en la motivación; **iii)** falta de aplicación de la ley penal (falta de aplicación del derecho contenido en el inciso d, del artículo noventa y cinco del Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y siete); asimismo, declaró improcedente el recurso de casación interpuesto por la causal de falta de aplicación del derecho contenido en el inciso primero, del artículo ciento cincuenta y ocho del Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y siete (valoración de la prueba); y dispuso elevar los autos al Tribunal Supremo, elevándose la causa con fecha veinticuatro de octubre de dos mil once.

3.2. Cumplido el trámite de traslado a las partes procesales, este Tribunal Supremo mediante Ejecutoria Suprema de fecha diecisiete de febrero de dos mil doce, de fojas veintiuno —del cuadernillo de casación—, en uso de sus facultades, declaró inadmisible el recurso de casación por las causales referidas a la inobservancia de las garantías constitucionales como la pluralidad de instancias y el derecho a la motivación de resoluciones judiciales y la causa de manifiesta ilogicidad en la motivación y bien concedido el recurso de casación para el

desarrollo de doctrina jurisprudencial, en relación a la inobservancia de las normas legales de carácter procesal.

3.3. Deliberada la causa en secreto y votada el día cuatro de junio de dos mil trece, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública —con las partes que asisten— se realizará por la Secretaria de Sala el día veinticinco de junio de dos mil trece.

IV. Fundamentos de Derecho

4.1. Del ámbito de la casación: Conforme se ha señalado líneas arriba, mediante Ejecutoria Suprema del diecisiete de febrero de dos mil doce, de fojas veintiuno —del cuadernillo de casación—, admitió a trámite en recurso de casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, la causal por inobservancia de las normas legales de carácter procesal, contenidas en el artículo veintinueve, incisos dos del Código Procesal Penal.

4.2. Los agravios admitidos que invoca son: 1) Con relación al artículo noventa y cinco del Código Procesal Penal, concretamente respecto a la posibilidad impugnatoria y a la legitimación del agraviado en el proceso penal para cuestionar los autos de sobreseimiento dictados a pedido del Ministerio Público; a las potestades que confiere el citado Código al agraviado a efectos de acreditar la responsabilidad del imputado y a partir de ello reclamar la indemnización por daños y perjuicios; **2)** a la posibilidad de establecer si la carga de la prueba la tiene únicamente la Fiscalía o en algún momento varía hacia la defensa y establecer si las conclusiones arribadas en una investigación fiscal son válidas en otro proceso.

Motivo casacional: Inobservancia de normas legales de carácter procesal

4.3. En primer lugar, cabe resaltar que el Estado debe garantizar y establecer las condiciones mínimas de los derechos de la víctima y/o agraviado, debiendo de facultar su activa participación dentro del proceso penal para lograr el restablecimiento de su pretensión, esto es, resarcimiento del daño causado por parte del autor de la comisión del delito.

Estado y derechos de la víctima

4.4. Sin embargo, lo expuesto, no supone que los poderes de la víctima en el proceso penal, son absolutos y omnímodos, toda vez que está sometido al principio del contradictorio que deriva del derecho constitucional a la igualdad de armas, el derecho de defensa y el debido

proceso. Tampoco implica que la víctima o el perjudicado puedan desplazar a la Fiscalía, titular de la acción penal, según lo previsto en el artículo ciento cincuenta y nueve de nuestra Carta Magna o al Juez en el cumplimiento de sus funciones constitucionales o que su participación transforme el proceso penal en un instrumento de represalia o venganza contra el procesado.

Límites de los poderes de la víctima

4.5. En efecto, se advierte con claridad que el agraviado del delito se encuentra en condiciones de ser un protagonista del proceso penal, encontrándose facultado por el Código Procesal Penal para participar activamente en el desarrollo del proceso, siendo necesario que el agraviado actúe con todos los derechos y garantías que se aseguran la satisfacción de su pretensión, por ello, se advierte que en el artículo noventa y cinco del Código Procesal Penal, específicamente, en el literal d), del numeral uno, establece que: "el agraviado tendrá como derecho impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria"; en concordancia con el artículo trescientos cuarenta y siete del mismo Cuerpo legal, señala que contra el auto de sobreseimiento procede recurso de apelación; motivo por el cual, la Sala Superior debe emitir nuevo pronunciamiento.

Agraviado como protagonista del proceso

4.6. Respecto, a los cuestionamientos formulados de la posibilidad de establecer si la carga de la prueba la tiene únicamente la Fiscalía o en algún momento varía hacia la defensa, cabe precisar que tal como lo establece el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal, en concordancia con el inciso dos, del artículo sesenta y uno del mismo cuerpo legal, el Ministerio Público es el titular de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba, debiendo actuar con objetividad, indagando no sólo los hechos constitutivos de delito, sino también los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado; sin embargo, ello no impide que el procesado pueda defenderse de la imputación fáctica que pesa en su contra, presentando medios de prueba de descargo, más aún cuando se trata de una defensa afirmativa, donde el Juez exigirá que el encausado descubra todos los elementos probatorios e información que posea y que sustente la misma (véase: León Parada, Víctor Orielson, El ABC del nuevo sistema acusatorio penal: El juicio oral, ECOE, Bogotá, dos mil cinco, página ciento cuatro). Finalmente, en relación a si las conclusiones arribadas en una investigación fiscal son válidas en otro proceso, al respecto debemos señalar que una conclusión es un juicio de racionamiento y como tal no puede ser llevado a otro proceso.

Ejercicio del deber de la carga de la prueba

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, en relación a la inobservancia de las normas legales de carácter procesal, interpuesto por la defensa técnica de la empresa Ardiles Import S.A.C.; en consecuencia **CASARON** la resolución de vista del diecinueve de julio de dos mil once, emitido por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, obrante a fojas noventa y ocho, que declaró infundado el recurso de apelación propuesto por la empresa Ardiles Import S.A.C., y confirmó la resolución del ocho de abril de dos mil once, que declaró fundado el requerimiento de sobreseimiento propuesto por el Ministerio Público y dispuso el archivo definitivo de la causa seguida contra Hernán Sánchez Arispe, por el delito de apropiación ilícita, prevista en el primer párrafo del artículo ciento noventa del Código Penal, en agravio de la empresa Ardiles Import S.A.C.

II. ORDENARON que la Sala Penal integrada por otro Colegiado, cumpla con dictar nueva resolución, previa nueva audiencia de apelación en las mismas condiciones que la anterior cumplidas las formalidades correspondientes.

III. DISPUSIERON que la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de la Libertad y las demás Cortes Superiores de los Distritos Judiciales que aplican el Código Procesal Penal, consideren ineludiblemente como doctrina jurisprudencial vinculante lo señalado en el cuarto considerando (Del motivo casacional: Para el desarrollo de doctrina jurisprudencial) de la presente Ejecutoria Suprema, de conformidad con el inciso cuatro, del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal; y se publique en el diario oficial "El Peruano".

IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema; interviniendo el señor Juez Supremo Rozas Escalante por licencia de la señora Jueza Suprema Tello Gilardi; Hágase saber.

Sres. VILLA STEIN /PARIONA PASTRANA /SALAS ARENAS /BARRIOS ALVARADO /ROZAS ESCALANTE

SECCIÓN SEGUNDA
La actividad procesal

CAPÍTULO I
Preceptos generales

I.
LAS ACTUACIONES PROCESALES

1.
CASACIÓN N.º 159-2011-HUAURA
LA OBLIGACIÓN DE LOS JUECES A TRANSCRIBIR EN EL ACTO LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EXPEDIDAS EN AUDIENCIA

Casación	**N.º 159-2011-Huaura**
Fecha	22.05.2011
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponente	José Salas Arenas
Tema	La obligación de los jueces a transcribir en el acto las resoluciones judiciales expedidas en audiencia.
Doctrina jurisprudencial vinculante	ff. jj. n.os 3.11 y 3.12
Concordancia	Código Procesal Penal: arts. 123.1, 125.1 y 371 Constitución Política del Perú: art. 139.5
SUMILLA: **3.11.)** El nuevo modelo procesal penal no implica la liquidación de la transcripción de las resoluciones judiciales oralmente pronunciadas; sino más bien, dentro del marco constitucional, armoniza lo oral y lo escrito. **3.12.)** Las resoluciones emitidas en las incidencias [...] han de estar íntegramente documentadas por escrito, con excepción de los casos que refiere el numeral décimo del Acuerdo Plenario número 6-11/CJ-116 del 06 de diciembre del 2011.	

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 159-2011
HUAURA

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintidós de mayo de dos mil doce

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación excepcional por inobservancia de la garantía constitucional de motivación de resoluciones judiciales, inobservancia de la norma procesal penal y apartamiento de doctrina jurisprudencial interpuesto por el señor Fiscal Superior del Distrito Judicial de Huaura.

ANTECEDENTES

1. RESOLUCIÓN IMPUGNADA

La resolución número tres del treinta y uno de marzo de dos mil once, de los folios noventa y dos a noventa y tres, expedida por la Sala Superior Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de Huaura, que declaró improcedente el pedido de otorgamiento de copia de la resolución número dos expedida por el mismo órgano jurisdiccional emitida oralmente el veintidós de marzo de dos mil once, en el proceso penal seguido en contra de don Wilfredo Sánchez Eunofre y don Odger Calero Ermitaño por el delito contra el patrimonio en la modalidad de hurto agravado de ganado, en agravio de don Emeterio Baltazar Oyola y otros. La decisión se adopta bajo la ponencia del señor juez supremo Salas Arenas.

2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

2.1. El señor Fiscal Superior plantea que los órganos jurisdiccionales tienen la obligación de motivar de forma escrita las resoluciones judiciales, por lo que el pedido de copia de la resolución que revocó el mandato de prisión preventiva por el de comparecencia, debió ser amparado y no ser declarado improcedente.

2.2. Por tal motivo el recurrente considera que dicha resolución judicial afecta gravemente la constitucionalidad y legalidad del proceso penal, arguyendo que la resolución obrante solo en audio inobserva la garantía constitucional de motivación escrita de resoluciones judiciales, así como inobserva la norma legal prevista en el inciso primero del artículo ciento veinticinco del Código Procesal Penal que establece la firma de las resoluciones judiciales, y se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida en la casación número sesenta y uno guión dos mil nueve sobre escrituralidad de las resoluciones judiciales —causas previstas en los incisos primero, segundo y quinto, respectivamente del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal—, por lo que resulta necesario se establezca doctrina jurisprudencial vinculante sobre la obligación de los jueces a transcribir en el acto las resoluciones judiciales expedidas en audiencia, en pro de la seguridad jurídica.

2.3. Cumplido el trámite previsto por el apartado primero del artículo cuatrocientos treinta de la indicada norma procesal, se llevó a cabo la audiencia de casación conforme a sus propios términos y según consta del acta correspondiente.

2.4. Deliberada la causa en sesión secreta y producida la votación, corresponde dictar sentencia absolviendo el grado, que se leerá en acto público, conforme a la concordancia de los artículos cuatrocientos treinta y uno, apartado cuarto y cuatrocientos veinticinco apartado cuarto del Código acotado, el día treinta y uno del presente mes a las ocho y treinta de la mañana.

CONSIDERANDO

PRIMERO: SECUENCIA PROCESAL

Se declaró bien concedido el recurso de casación de conformidad con lo establecido en el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del indicado Código Procesal, a fin de determinar si excepcionalmente se puede declarar la procedencia del recurso de casación más allá de las hipótesis enumeradas en los incisos señalados del citado artículo, cuando discrecionalmente se considere necesario para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, propiamente respecto a la motivación escrita de las resoluciones judiciales.

Conviene precisar el itinerario observado en el presente caso: **i)** El veintidós de marzo de dos mil once se llevó a cabo la audiencia de apelación de la resolución número dos, de primero de marzo de dos mil once que declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva contra los encausados Sánchez Eunofre y Calero Ermitaño, en dicha diligencia se revocó dicha medida de coerción, la cual se realizó con la concurrencia de la señora Fiscal Superior Adjunta y del abogado defensor de los referidos procesados —véase el acta del folio ochenta siete—; **ii)** El veinticuatro de marzo de dos mil once, el señor Fiscal Superior presentó un escrito solicitando copia de la resolución referida —véase los folios noventa y noventa y uno—; **iii)** Mediante la resolución número tres, de treinta y uno de marzo de dos mil once, se declaró improcedente dicho pedido —véase los folios noventa y dos y noventa y tres—; **iv)** El señor Fiscal Superior interpuso recurso de casación en contra la aludida resolución.

SEGUNDO: SUSTENTO NORMATIVO

2.1. El artículo ocho numeral dos literal c) del Pacto de San José de Costa' Rica que señala como derecho fundamental el contar con el tiempo y también con los medios para organizar la defensa.

2.2. El inciso quinto del art ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú señala que son principios y derechos de la función jurisdiccional, la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y los fundamentos de hecho en que se sustentan.

2.3. El inciso primero del artículo ciento veintitrés del Código Procesal acotado regula las características de las resoluciones expedidas por los órganos jurisdiccionales, así como los incisos uno y dos del art ciento veinticuatro y el artículo trescientos noventa y cinco del propio Código.

2.4. El inciso primero del artículo ciento veinticinco del Código Procesal Penal establece que sin perjuicio de las disposiciones especiales, las resoluciones serán firmadas por los jueces y por los miembros del Juzgado o de la Sala en que actuaron.

2.5. El artículo trescientos sesenta y uno del Código Procesal Penal establece que: **1.** La audiencia se realiza oralmente, pero se documenta en acta. El acta contendrá una síntesis de lo actuado en ella y será firmada por el Juez o Juez presidente y el secretario. Los Jueces, el Fiscal, y la defensa de las partes pueden hacer constar las observaciones al acta que estimen convenientes. Asimismo, la audiencia podrá registrarse mediante un medio técnico, según el Reglamento que al efecto dicte el órgano de gobierno del Poder Judicial. **2.** El acta y, en su caso, 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. Rige a este efecto el artículo 121 del presente Código. **3.** Toda petición o cuestión propuesta en audiencia será argumentada oralmente, al igual que la recepción de las pruebas y, en general, toda intervención de quienes participan en ella. Está prohibido dar lectura a escritos presentados con tal fin, salvo quienes no puedan hablar o no lo supieren hacer en el idioma castellano, en cuyo caso intervendrán por escrito, salvo que lo hagan por medio de intérprete. **4.** Las resoluciones serán dictadas y fundamentadas verbalmente. Se entenderán notificadas desde el momento de su pronunciamiento, debiendo constar su registro en el acta.

2.6. El artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal establece como causas para interponer recurso de casación: —inciso primero— si la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías; —inciso segundo— si la sentencia o auto incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad; —inciso quinto— si la sentencia o auto se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional.

2.7. El inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código indicado señala que, excepcionalmente, será procedente el recurso de casación en casos distintos de los arriba mencionados, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

2.8. La Sala de oficio o a pedido del Ministerio Público podrá decir, 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.

2.9. La Casación número sesenta y uno guión dos mil nueve expedida el cinco de marzo de dos mil diez por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República esencialmente precisó que las resoluciones judiciales, cuando entrañen un pronunciamiento sobre el objeto procesal o resuelvan una cuestión incidental referida a la regularidad o viabilidad, del procedimiento penal, cuya motivación es indispensable, debe transcribirse íntegramente en el acta correspondiente, sin perjuicio de su reproducción audiovisual, dado que deben archivarse en un documento escrito o electrónico a fin de permitir su ordenación, sistematización, revisión y registro estadístico.

2.10. El Acuerdo Plenario número seis guión dos mil once guión C diagonal ciento dieciséis, de seis de diciembre de dos mil once, señala que la documentación de la resolución oral constituye una garantía para la seguridad jurídica y la inalterabilidad de la misma, así como su revisión en sede de impugnación respecto del cumplimiento de sus presupuestos materiales y formales; la cual se concreta en el acta. No obstante, bajo criterios razonables de economía y celeridad procesal, en el supuesto en el que el auto jurisdiccional no haya sido impugnado, no será necesario que se transcriba íntegramente dado que basta que conste su sentido y, desde luego, lo que decida o resuelva con absoluta claridad.

2.11. El Tribunal Constitucional del Perú, en las sentencias recaídas en los procesos registrados como Expediente 3361-2004-AA/TC-LIMA -fundamento jurídico treinta y siete-; Expediente 6712-2005-HC/TC -fundamento jurídico diez-; Expediente 4226-2004-AA/TC —fundamento jurídico dos—; Expediente 4348-2005-PA/TC -fundamento jurídico dos-; Expediente 00728-2008-PHC/TC —fundamentos jurídicos seis a once— ha expresado que la decisión judicial debe ser capaz de soportar los exámenes constitucionales de razonabilidad, coherencia y suficiencia.

2.12. El inciso segundo del artículo veintisiete del Reglamento General de Audiencias bajo las normas del Código Procesal Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 096-2006-CE-PJ, de veintiocho de junio de dos mil seis, estípula que si el Juez resuelve en el acto de la audiencia, consignará completamente el contenido de su decisión (...)".

2.13. El artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial faculta a la Corte Suprema establecer doctrina jurisprudencial vinculante.

2.14. El inciso tercero del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal establece que la sentencia casatoria puede constituir doctrina jurisprudencial vinculante dirigida a los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la propia Corte Suprema, la cual será publicada en el diario oficial "El Peruano".

TERCERO: ANÁLISIS JURÍDICO FÁCTICO

Motivos de la Casación

3.1. Como este Tribunal Supremo tiene dicho, esta clase de recurso por su naturaleza extraordinaria, tiene como fin el resguardo del principio de igualdad ante la ley, con el fin de asegurar la interpretación unitaria de la ley penal o procesal penal, en concordancia sistémica con el ordenamiento jurídico.

Relevancia de la motivación escrita de las resoluciones judiciales

3.2. La exigencia constitucional de motivación escrita de las resoluciones judiciales es un derecho que exige que el juez funde en derecho sus decisiones; su basamento lógico radica en la necesidad de controlar la coherencia entre lo que el llamado a decidir decide y los fundamentos que ha estimado —paso ordenado de las premisas a las conclusiones—[1].

Recepción del mensaje judicial resolutivo

3.3. El mensaje judicial resolutivo —sentencial o incidental o de cualquier decisión de la etapa de investigación preparatoria o de cualquiera de las etapas o fases del encausamiento— debe decodificarse en sus exactos términos por todos los destinatarios directos e indirectos.

Exigencias de la motivación

3.4. La motivación de las decisiones trascedentes —justificación externa de las premisas normativa y fáctica—, debe ser completa, coherente y estricta; no necesariamente abundante o extensa, pero tampoco raquítica, desordenada, desestructurada o diletante; el deber constitucional de fundamentación debe ser razonablemente atendido, tomando como bases las particularidades y la naturaleza del caso concreto.

3.5. Como regla, el momento de emisión de la fundamentación, en el modelo procesal penal peruano, es el momento mismo de la emisión de la decisión, salvo en los casos de sentencias fruto de juicio oral en una materia compleja o de impedimento temporal de redactarla, en que se ha previsto la lectura de la parte dispositiva —inciso segundo del artículo trescientos sesenta y dos del Código Procesal Penal—, lo que a su vez conlleva el deber de convocar a las partes para una lectura integral en el plazo máximo de ocho días; no corresponde extender mecánicamente esta previsión legal a las resoluciones emitidas en la etapa de investigación preparatoria, que cuenta con sus propias reglas; así el inciso cuarto del artículo ocho —medios de defensa—; el inciso

1 El empleo del silogismo judicial *modus ponens*, como herramienta básica para ordenar la decisión, pone en evidencia como ilógica toda decisión que carezca de premisas. El control de coherencia lógica, fáctica y normativa interesa a la colectividad jurídica y a la comunidad en general (a la que asiste al acto judicial y la que no), debiendo hallarse los canales de acceso a la información abiertos para que el pueblo conozca el contenido y desentrañe el alcance de los análisis que sostienen la decisión.

segundo del artículo ciento dos —constitución en actor civil—; el inciso segundo del artículo doscientos tres —restricción de derechos—; el inciso primero del artículo doscientos sesenta y uno —detención preliminar—; el inciso segundo del artículo doscientos setenta y uno —prisión preventiva—; teniendo en cuenta además que la analogía como mecanismo lógico jurídico de integración, solo cabe en casos de vacío o deficiencia, es decir, de laguna o ausencia de regulación.

Momento de emisión de la fundamentación

3.6. La Sala Superior *A Quo* fundó su decisión desestimatoria en el sentido de una de las conclusiones del Pleno Superior Penal del Distrito Judicial de Arequipa efectuado el cuatro y cinco de julio de dos mil nueve, en que los jueces penales acordaron que las decisiones judiciales deben ser preferentemente orales; y de ello dicho tribunal refirió que resuelve inmediatamente terminada la audiencia en base a los principios de inmediación, concentración, celeridad, igualdad, oralidad y economía procesal, lo que garantiza la transparencia e imparcialidad, y significa un cambio cultural para la resolución de casos en base a la oralidad —audiencia— y no de la escrituralidad —cuadernos y expedientes—; considerando así que dicha práctica positiva en el proceso penal ha dado lugar para la que la nueva ley procesal de trabajo haya establecido que las resoluciones dictadas en audiencia se entiendan por notificadas a las partes en el acto.

Justificación de la decisión de la Sala Superior

3.7. Las razones subjetivas de los integrantes de la Sala Superior *A Quo*, se expresan al argumentar en clave de la necesidad de afirmar el cambio cultural de la realidad en la oralidad; ello no resulta suficiente sustento para justificar el apartamiento del deber de acatar la ley y las orientaciones de doctrina jurisprudencial, en cuanto no colisionan con el sentido de la norma fundamental.

Cambio cultural de la realidad en la oralidad

3.8. Las normas legales contenidas en el Código Procesal Penal peruano deben interpretarse conforme a la Constitución Política y las normas declarativas de los derechos fundamentales, puesto que dichas normas regulan el ejercicio de potestades básicas inherentes a la dignidad de la persona.

Interpretación sistemática de las normas pertinentes

3.9. El derecho fundamental del imputado —extendido por igualdad ante la ley a las partes legitimadas en la causa judicial— a contar con el tiempo y los medios para organizar su defensa, o diseñar su actuar posterior, implica el particular derecho a obtener una copia oficialmente transcrita de la decisión emitida oralmente para estudiarla detallada y pormenorizadamente, con la finalidad de decidir cabalmente la estrategia a seguir frente a la decisión emitida y a la connotación del sustento de lo decidido, sin que se presuma que el interesado recuerda

Derecho del imputado a obtener copia transcrita de la sentencia

en toda su dimensión la determinación, por el hecho de haber asistido al acto procesal de su emisión o que está en capacidad de transcribirla por cuenta propia a partir del registro audible que se le proporcione.

3.10. Es de resaltar que la Sala *A Quo* ha inobservado el fundamento quinto de la Casación sesenta y uno guión dos mil nueve, que estableció que si se resolvía una cuestión incidental, la motivación escrita era indispensable, orientación casatorial que en el presente caso se ha inobservado, habiéndose puesto de manifiesto un acto de apartamiento de la doctrina jurisprudencial casatorial sentada por la Corte Suprema vigente en el tiempo de su expedición.

Inobservancia de la doctrina jurisprudencial vinculante

3.11. El nuevo modelo procesal penal no implica la liquidación de la transcripción de las resoluciones judiciales oralmente pronunciadas; sino más bien, dentro del marco constitucional, armoniza lo oral y lo escrito —que se halla normativamente limitado: referencia a la síntesis en las actas, prohibición de la presentación de escritos en casos específicos—, tanto más que el acuerdo del pleno jurisdiccional de la judicatura superior realizado en Arequipa se concreta al decantamiento en pro de una opción preferencial por lo oral, mas no una eliminación de los marcos legales de los escritos.

Armonización de lo oral y lo escrito

3.12. Por ende, las resoluciones emitidas en las incidencias —los autos—, han de estar íntegramente documentadas por escrito, con excepción de los casos que refiere el numeral décimo del Acuerdo Plenario número seis guión dos mil once diagonal "CJ" guión ciento dieciséis de seis de diciembre de dos mil once[2] con la precisión hecha en el numeral décimo tercero de dicho Acuerdo, sin perjuicio de la oralización de la decisión, como ya se ha establecido en el pronunciamiento casacional número sesenta y uno guión dos mil nueve, ya referido[3].

Documentación escrita, resoluciones e incidentes

3.13. Es claro que además de escribir o transcribir la decisión final de la materia de la incidencia, en los casos que corresponda, resulta deber funcional de la judicatura que en el acta respectiva conste por escrito la síntesis de lo ocurrido, con la referencia horaria pertinente —pauta, bitácora o cronometración—, para guiar a los interesados directos y a los indirectos en la audición del contenido registrado —grabación del íntegro del acto procesal correspondiente por medios tecnológicos, perennizando las diligencias desarrolladas en la audiencia—, haciendo factible que los interesados directos accedan a la información judicial

2 Acuerdo posterior a la decisión objeto de casación.

3 El ponente estima que todas las resoluciones trascendentes deben escribirse o transcribirse para el control por los usuarios directos y los interesados indirectos de modo mediato o con posterioridad por seguridad jurídica.

pautada contenida en el soporte audible, con la finalidad de facilitar el análisis de plenitud y coherencia entre lo actuado y decidido; ello facilita también el acceso de los interesados indirectos a la misma información, como plasmación del derecho de la sociedad —asistente o no al acto procesal— a vigilar la actuación judicial que en el nombre del Pueblo se realizó en el caso concreto y por tanto, encarna el deber de transparencia judicial, que no se agota con la publicidad de la audiencia, y que trasciende los límites de espacio físico, lugar o tiempo.

Deber de incorporar la síntesis de lo ocurrido

3.14. La resolución que pone fin a la sustanciación de un incidente, sea en primera o en segunda instancia, en principio, por su trascendencia, difiere de otras decisiones que se pronuncian dentro del mismo acto procesal; esa diferencia, evaluándose de facto la razonabilidad y necesidad de la celeridad y dada la distinta connotación, hace que no se requiera —pero tampoco se prohíbe— que sean íntegramente transcritas, aunque ciertamente en las no impugnadas debe constar por escrito la síntesis del sentido resolutivo en el acta pautada correspondiente.

La resolución que pone fin a la sustanciación de un incidente

3.15. Con ello, no se afecta la plasmación de la oralidad en la emisión de las resoluciones judiciales finales, que el orden procesal penal ha previsto, sino en que una vez expedidas, deben ser en principio transcritas y suscritas —requisitos constitutivos de validez de los pronunciamientos judiciales— y con ello atender la seguridad jurídica, así como la inalterabilidad de la motivación, aunque por motivos pragmáticos se han establecido excepciones.

3.16. Es de anotar que en el presente caso nunca se emitió resolución judicial escrita; así, en el acta en que se plasmó la realización de la diligencia se aprecia: "*La Sala pasa inmediatamente a deliberar, se suspende la audiencia. La Sala reabre la audiencia seguidamente y oralmente el Director de Debates dicta la Resolución N° 02 [00:16:23 del audio]: cuyos fundamentos y decisión se encuentran registrados en audio, por lo que resuelven en mayoría: 1. REVOCAR la Resolución N° Dos, de fecha primero de marzo (...)*" [sic]; por lo que de conformidad con el inciso segundo del artículo ciento veinte y el artículo ciento veintitrés del Código Procesal Penal deben consignarse los fundamentos de la citada decisión.

Carencia de resolución judicial escrita en el caso concreto

3.17. Es pertinente tener en cuenta que los interesados legalmente pueden pedir al juzgado emisor —cualquiera que fuere— que supla las omisiones de pronunciamiento y/o haga, dentro del plazo pertinente, las precisiones o correcciones de los errores materiales, de ser el caso, lo que se facilita si los interesados cuentan con la transcripción de la determinación emitida oralmente, por lo que la ley los habilita a exigir al órgano judicial emisor les otorgue copias escritas de la decisión

que debieron emitir oralmente y por escrito, sea que asistan o no al acto público en que se produjo, sea que impugnaran o no la decisión pronunciada.

Facultades de los interesados

3.18. Con la negativa a la expedición de la copia escrita de la decisión, el órgano judicial *A Quo* ha obstaculizado innecesariamente la actuación fiscal, dificultando la materialización de uno de los medios para el diseño o reajuste de su estrategia de actuación frente a la materia concreta, según el estado procesal en cuanto correspondiere.

3.19. Aunque esta Suprema instancia ha establecido directrices referentes a la motivación de las resoluciones judiciales, sin embargo, en la adopción de tal postura no se tuvo en cuenta el supuesto del pedido de copias oficiales del contenido del acto resolutivo oralmente pronunciado que el interesado habilitado, aspecto que está propiamente vinculado a la comunicación debida de decisiones judiciales, y por tanto al concepto del debido proceso.

3.20. En el planteamiento casatorio se arguyó la inaplicación de una ley procesal cuya afectación se sanciona con nulidad del acto, pero, lo concreto es que la decisión existe y se emitió con defecto, y lo que falta es la transcripción, lo que resulta subsanable.

3.21. De otro lado, las decisiones del Tribunal Constitucional emitidas en causas de su competencia, derivadas de materias penales o de orden procesal penal, no cuestionan la constitucionalidad de la motivación escrita de las resoluciones judiciales y corresponde a este Tribunal Supremo, como instancia casatoria, reafirmar y fortalecer la doctrina jurisprudencial específica que se sentó en el pronunciamiento casacional en la causa setenta y uno de dos mil nueve y afianzar el Acuerdo Plenario seis guión dos mil once, varías veces mencionados.

3.22. Es pertinente recalcar que conforme al primer párrafo del art veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial y al inciso tercero del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal, la judicatura tiene el deber de observar la doctrina jurisprudencial casacional establecida, en tanto que el apartamiento motivado debe fundarse en razones que el Ordenamiento Jurídico nacional reconoce como válidos.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, administrando justicia a nombre del Pueblo, los jueces supremos integrantes de la Sala Penal Permanente acordaron:

I. DECLARAR FUNDADO el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal Superior de Huaura en contra de la resolución número tres de seis de abril de dos mil once, de los folios noventa y dos a noventa y tres, expedida por la Sala Superior Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de Huaura, que declaró improcedente el pedido de otorgamiento de copia de la resolución número dos expedida por el mismo órgano jurisdiccional emitida oralmente el veintidós de marzo de dos mil once, en el proceso penal seguido en contra de don Wilfredo Sánchez Eunofre y don Odger Calero Ermitaño por el delito contra el patrimonio en la modalidad de hurto agravado de ganado, en agravio de clon Emeterio Baltazar Oyola y otros.

II. DISPONER que la Sala de Apelación del Distrito Judicial de Huaura cumpla en el día y bajo responsabilidad con completar, y, en su caso, subsanar el acta de la audiencia que dirigieron conforme lo precisado en el fundamento jurídico 316 de la presente Ejecutoria.

III. MANDAR que la Sala de Apelaciones del Distrito Judicial de Huaura comunique por escrito al Ministerio Público y a las partes procesales el contenido íntegro de la decisión final emitida el veintidós de marzo de dos mil once que en su momento no fue impugnada.

IV. ESTABLECER como doctrina jurisprudencial vinculante el sentido de los fundamentos 3.11 y 3.12 de la parte considerativa de la presente ejecutoria.

V. ORDENAR se transcriba la presente Ejecutoria a las Cortes Superiores en las que rige el Código Procesal Penal, para su conocimiento y fines, y se publique en el diario oficial "El Peruano". Intervino el señor juez supremo Morales Parraguéz por encontrarse en periodo vacacional el señor juez supremo Rodríguez Tineo.-

S.S.
VILLA STEIN /PARIONA PASTRANA /**SALAS ARENAS** /NEYRA FLORES /MORALES PARRAGUÉZ

II.
LOS PLAZOS

1.
CASACIÓN N.º 54-2009-LA LIBERTAD
ALCANCES NORMATIVOS PARA LA APLICACIÓN DE CADUCIDAD DEL PLAZO PARA FORMULAR ACUSACIÓN

Casación	**N.º 54-2009 -La Libertad**
Fecha	20.07.2010
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponente	Jorge Calderón Castillo
Tema	Alcances normativos para la aplicación de caducidad del plazo para formular acusación.
Doctrina jurisprudencial vinculante	ff. jj. n.os 9 y 10
Concordancia	Código Procesal Penal: arts. I.3, VII, 144, 343.1 y 344.1 Constitución Política del Perú: art. 159.5.

SUMILLA:

Las funciones que la Constitución le asigna al Ministerio Publico y al Poder Judicial de manera exclusiva y excluyente no pueden ser sancionadas con la caducidad del plazo establecido por ley para emitir su dictamen o resolución [...] el apartado 1) del citado artículo 144º NCPP debe ser entendido como todos aquellos plazos establecidos en la ley que no se encuentran comprendidos en la excepción antes detallada.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 54-2009
LA LIBERTAD

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veinte de julio de dos mil diez

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación por errónea interpretación e inobservancia de norma procesal penal interpuesto por la señora Fiscal Superior

contra el auto de vista de fojas treinta y siete, del diecinueve de agosto de dos mil nueve, que revocando el auto de primera instancia de fojas veintiuno, del tres de agosto de dos mil nueve, declaró fundada la solicitud de caducidad de la acusación fiscal; en los seguidos contra Edilberto Sánchez Mera por delito contra la Administración Pública - violencia contra funcionario público en agravio del Estado.

Interviene como ponente el señor Calderón Castillo

ANTECEDENTES

Primero. Que la defensa del imputado Sánchez Mera solicitó la caducidad del plazo que tenía la Fiscalía para formular su acusación, conforme se advierte de su escrito de fojas dos. Al respecto alegó que al haberse dispuesto la conclusión de la investigación preparatoria, en aplicación del artículo 343º apartado 1) del Código Procesal Penal —en adelante NCPP—, el representante del Ministerio Publico tenía el plazo de quince días para formular acusación o no, en virtud del apartado 1) del artículo 344º NCPP.

Segundo. Que recibida la indicada solicitud, se señaló fecha de audiencia para el día tres de agosto de dos mil nueve, oportunidad en la que el juez de la investigación preparatoria la declaró infundada, conforme es de verse del acta de fojas veintiuno. Contra dicha decisión la defensa del encausado interpuso recurso de apelación, conforme es de verse de su escrito de fojas veintitrés, denunciando la trasgresión de la garantía específica de motivación de las resoluciones judiciales, prevista en el inciso 5) del artículo 139º de la Constitución.

Tercero. Que elevados los autos a la Sala de Apelaciones, se fijó fecha de audiencia para el día diecinueve de agosto de dos mil nueve. Llevada a cabo la misma, dicho Colegiado revocó la resolución apelada y, reformándola, declaró fundada la solicitud de caducidad del plazo. En consecuencia, dio por no presentada la acusación formulada por el representante del Ministerio Público.

Cuarto. Que leída y notificada la citada resolución de vista, el Fiscal Superior interpuso recurso de casación con el escrito de fojas cuarenta. Introdujo como motivo de casación: la errónea interpretación e indebida aplicación de normas procesales e invoco, para su admisibilidad, el desarrollo de doctrina jurisprudencial. Concedido el recurso por auto de fojas cincuenta y siete, del tres de septiembre de dos mil nueve, se elevó la causa a este Supremo Tribunal con fecha doce de octubre de dos mil nueve.

Quinto. Que cumplido los traslados —sin que las partes presenten sus alegatos correspondientes—, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria de fojas diecinueve —del cuaderno de casación—, del cuatro de marzo de dos mil diez, admitió a trámite el recurso de casación invocando la vía excepcional del desarrollo de doctrina jurisprudencial y consolidó como causal casatoria la errónea interpretación e indebida aplicación de normas procesales.

Sexto. Que instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación el día de la fecha, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, con intervención de la señora Fiscal Supremo en lo Penal, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

Sétimo. Que deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública —con las partes que asistan— se realizará por la Secretaria de la Sala el día once de agosto del año en curso a horas ocho y treinta de la mañana.

CONSIDERANDO

Primero. Que, conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de calificación de fojas diecinueve —del cuaderno de casación—, del cuatro de marzo de dos mil diez, el acceso al recurso de casación persigue el desarrollo de doctrina jurisprudencial a fin de establecer los alcances de la interpretación del artículo 144º NCPP a partir del motivo casacional de infracción de ley procesal.

Motivos de la Casación

Segundo. Que el agravio central del señor Fiscal Superior se refiere al correcto entendimiento del apartado 1) del artículo 144º NCCP, que alude a los plazos procesales que las partes deben cumplir dentro de la dinámica del proceso penal, que no estén referidos al ejercicio de las potestades que por imperio constitucional le han asignado al Poder Judicial y al Ministerio Público. Precisa el señor Fiscal recurrente que estimar que el plazo legal que tiene el fiscal para formular acusación o sobreseer la causa se encuentra sujeto a la sanción de caducidad es atentar directamente contra la acción penal y la persecución del delito. Agrega que el Tribunal Superior aplicó indebidamente el apartado 3) del artículo I del Título Preliminar NCPP, al entender que un plazo máximo es exigible a todos los sujetos procesales, entre ellos el Ministerio Público, en virtud al principio de igualdad de armas.

Plazos procesales

Ejecución del plazo máximo

Tercero. Que la resolución de vista impugnada en casación precisó lo siguiente:

A. El apartado 3) del artículo I del Título Preliminar NCPP al estatuir el principio de igualdad de armas no establece excepción alguna, por lo que el cumplimiento de las normas legales son para todas las partes por igual, por ello el Ministerio Público estaba obligado a observar el plazo establecido por la ley para emitir su acusación.

Principio de igualdad

B. El artículo 344º NCPP establece un plazo máximo para formular acusación de quince días, por lo que vencido este plazo operó la caducidad del mismo y en consecuencia la posibilidad de formularla,

pues resulta de aplicación el artículo 144º numeral 1 —referido a los plazos máximos que deben observar las partes procesales— y no el numeral 2 de dicho artículo—tendiente a regular la actividad de jueces y fiscales—.

Plazo máximo de la acusación

Cuarto. Que el artículo 144º NCPP establece dos supuestos distintos con consecuencias diferentes: el apartado 1) referido al vencimiento de un plazo máximo, que es sancionado con la caducidad de lo que se pudo o debió hacer; mientras que el apartado 2) que regula la actividad de Jueces y Fiscales, señala que el vencimiento del plazo sólo acarrea responsabilidad disciplinaria.

Supuesto de caducidad de plazos

Que una mera interpretación literal del referido artículo es insuficiente, pues es necesario delimitar cuáles son aquellos actos procesales sujetos a caducidad y qué debe entenderse como actividades de Jueces y Fiscales que son sancionadas disciplinariamente, por lo que resulta imprescindible recurrir a algunas cuestiones previas, a fin de realizar un análisis integrador y armónico de la citada norma.

Quinto. Que una de las líneas rectoras del nuevo proceso penal, como consecuencia de la asunción específica del principio acusatorio es la separación de funciones de investigación y juzgamiento. De esta manera, constitucionalmente, la investigación penal está a cargo del Fiscal y la decisoria a cargo del Juez.

Separación de funciones de investigación y juzgamiento

Que tal separación de funciones tiene su base constitucional en el artículo 159º.4 de la Ley Fundamental cuando señala que corresponde al Ministerio Público conducir desde su inicio la investigación del delito. Con la adopción del sistema procesal acusatorio y la estructura del proceso penal común, tanto el Ministerio Público como los órganos jurisdiccionales deben asumir plenamente las competencias exclusivas y excluyentes que la Constitución les asigna.

Sexto. Que dentro de este nuevo proceso penal, propio de un Estado Constitucional, que se caracteriza por el respeto al debido proceso, uno de los principios procesales que lo informan es el principio acusatorio.

Que la vigencia del principio acusatorio como elemento que integra el contenido constitucionalmente garantizado del debido proceso, exige, entre otras cosas, pero de manera fundamental, que no puede existir juicio sin acusación, que debe ser formulada por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador, de manera que si el Fiscal no formula acusación contra el imputado, el proceso debe ser sobreseído necesariamente, sin que ello obste el procedimiento para formular acusación. En ese sentido, se advierte que la primera de las características del principio acusatorio guarda directa relación con la atribución del

Ministerio Público, reconocida en el artículo 159º.5 de la Constitución Política del Estado, de ejercitar la acción penal, siendo exclusiva su potestad de incoar la acción penal y de acusar, por lo que a falta de ésta el proceso debe llegar a su fin.

Principio acusatorio

Sétimo. Que una de las expresiones del principio acusatorio, que concreta el objeto procesal y define los roles de los sujetos procesales al interior del proceso penal mismo, es precisamente la formulación de la acusación por parte del representante del Ministerio Publico. Al respecto el Acuerdo Plenario N. 6-2009/CJ-116, del trece de noviembre de dos mil nueve, ha establecido como doctrina legal que: "La acusación fiscal es un acto de postulación del Ministerio Publico que promueve en régimen de monopolio en los delitos sujetos a persecución pública [...] 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 [...]".

Expresión del principio acusatorio

Octavo. Que el principio de igualdad de armas, previsto en el apartado 3) del artículo I del Título Preliminar NCPP incide en la exigencia de que las partes cuenten con los mismos medios de ataque y defensa e idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación, a efectos de evitar desequilibrios entre sus respectivas posiciones procesales. El principio de igualdad de armas es una proyección del genérico principio de igualdad, el cual hay que estimarlo vulnerado cuando el legislador crea privilegios procesales carentes de fundamentación constitucional alguna o bien el legislador, o bien el propio órgano jurisdiccional crean posibilidades procesales que se le niegan a la parte contraria (GIMENO SENDRA, Vicente: "Derecho Procesal Penal", 2da edición, Colex, Madrid, 2007, pp 91-94).

Principio de igualdad de armas

En tal virtud, no debe invocarse su vulneración en todo acto procesal, pues existen casos en los que justificadas razones establecidas por la ley, reconocen a determinada parte procesal, como es el caso del fiscal cuando hace uso de la facultad asignada por la Constitución de ejercitar la acción penal. Tal ejercicio no puede ser interpretado como una vulneración del principio de igualdad de armas, que tiene su principal plasmación en la actividad probatoria, en la que concurrentemente se requiere de la inmediación de un órgano jurisdiccional y la vigencia directiva del principio procesal de contradicción, que integra el contenido constitucionalmente protegido de la garantía de defensa procesal.

Excepción al principio de igualdad de armas

Noveno. Que en este orden de ideas el apartado 2) del artículo 144º NCPP cuando se refiere a la regulación de la actividad de jueces y fiscales, debe ser entendido en relación a aquellas actividades relacionadas al ejercicio de la acción penal —en caso de fiscales— como sería formular acusación; y expedir resoluciones en caso de jueces, las cuales al estar en estrecha relación con las funciones que la Constitución le asigna al Ministerio Publico y al Poder Judicial de manera exclusiva y excluyente no pueden ser sancionadas con la caducidad del plazo establecido por ley para emitir su dictamen o resolución, lo cual importaría una vulneración de las citadas normas constitucionales. Sin embargo, su inobservancia necesariamente debe estar sujeta a una sanción disciplinaria, puesto que todo justiciable tiene derecho a ser juzgado en un plazo razonable y a no ser sometido de manera indefinida a un proceso penal sin que se resuelva su situación jurídica.

Regulación de las actividades de jueces y fiscales

Asimismo, realizando una interpretación sistemática del propio Código, se tiene el artículo 343º NCPP referido al control del plazo de la investigación preparatoria —el cual está vinculado a la facultad constitucional asignada al Ministerio Público de investigar el delito— en el que se establece que acarrea sólo responsabilidad disciplinaria en el Fiscal en caso se exceda en el plazo otorgado.

Control del plazo de la investigación

Por otro lado, el apartado 1) del citado artículo 144º NCPP debe ser entendido como todos aquellos plazos establecidos en la ley que no se encuentran comprendidos en la excepción antes detallada, como son los plazos para impugnar, para ofrecer pruebas, para interponer excepciones, entre otros, todos los cuales se dan dentro de la propia dinámica del proceso penal.

Compresión del vencimiento del plazo máximo

Décimo. Que es cierto que la Ley establece un plazo para la formulación de la acusación (quince días, según lo dispuesto en el artículo 344º.1 del NCPP). El requerimiento fiscal, acusatorio o no acusatorio, sin embargo, tiene lugar no como el ejercicio de una facultad discrecional del Ministerio Público sino como la ejecución de una obligación indispensable o necesaria para la continuación del proceso, sea para definir la clausura de la causa a través del sobreseimiento o para abrir la etapa principal de enjuiciamiento.

Obligación de formular acusación

La caducidad es una sanción procesal. Supone, según doctrina consolidada, una facultad procesal atribuida a un sujeto procesal, y consiste en la pérdida o privación de la misma por efecto del tiempo transcurrido sin haberla ejercitado. Se funda en el comportamiento procesal del sujeto y su efecto es la preclusión, en cuya virtud aquél pierde la facultad procesal de que se trate y no puede ya ejercitarla.

Contenido de la caducidad

La caducidad consumada impide la realización del acto (EUGENIO FLORIAN: *Elementos de Derecho Procesal Penal*, Bosch, Barcelona, 1934, pp 133-134).

El requerimiento fiscal —acusatorio o no acusatorio—, como ha quedado expuesto, es la expresión de un deber funcional ineludible: el proceso penal no se concibe sin su ejercicio. Por tanto, el incumplimiento de los plazos legalmente previstos para su emisión, por su carácter de acto necesario para el proceso, sólo acarrea responsabilidad disciplinaria como lo establece el artículo 144º.2 NCPP; tienen que ser cumplidos aunque se hubiese producido su término final.

Requerimiento fiscal

Por otro lado, el carácter expreso o la exigencia de una específica autorización legal para imponer una sanción procesal, tal como ha sido establecido por el artículo VII, apartado 3), del NCPP, a la que se une su interpretación restrictiva, impide 'deducir' del ordenamiento un supuesto de caducidad y consiguiente preclusión. La norma establecida en el artículo 144º NCPP, en el caso de la actividad del Fiscal, no permite que se declare la caducidad del ejercicio de la acusación por vencimiento del plazo. Tal situación, además, importaría, *primero*, crear pretorianamente un supuesto adicional de sobreseimiento de la causa, al margen de lo dispuesto en el artículo 344º.2 del NCPP; y *segundo*, instituir una causal de cese de la acción penal fuera de los casos establecidos por la ley, vulnerándose los principios de oficialidad y de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal.

Interpretación restrictiva de la ley penal

Undécimo. Que en el caso concreto se advierte que el Tribunal de Apelación, a la luz de lo antes expuesto, realizó una indebida aplicación del artículo 144º NCPP, al sancionar con la caducidad el plazo que tenía el Fiscal para formular acusación, por más que se hubiere excedido —tal como efectivamente sucedió—. En consecuencia, el recurso de casación interpuesto debe ser amparado, la resolución impugnada declarada nula y emitiendo fallo sobre el asunto en cuestión, debe confirmarse la resolución de primera instancia, en virtud del apartado 1) del artículo 433º NCPP.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal Superior de La Libertad. En consecuencia, **CASARON** la resolución de vista de fojas treinta y siete, del diecinueve de agosto de dos mil nueve, que revocando la resolución de primera instancia declaró fundada la solicitud de caducidad de la acusación fiscal interpuesta por la defensa del encausado Edilberto Sánchez

Mera. Por tanto, actuando en sede de instancia: **CONFIRMARON** el auto de primera instancia de fojas veintiuno, del tres de agosto de dos mil nueve, que declaró infundada dicha solicitud, debiéndose proseguir la causa conforme a su estado procesal; en el proceso que se le sigue a Edilberto Sánchez Mera por delito contra la Administración Pública - violencia contra funcionario público en agravio del Estado.

II. ESTABLECIERON como doctrina jurisprudencial vinculante lo dispuesto en los fundamentos jurídicos 9º y 10º de la presente Ejecutoria Suprema, debiéndose publicar en el Diario Oficial El Peruano.

III. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por la Secretaria de esta Suprema Sala Penal.

IV. MANDARON que cumplidos los trámites correspondientes se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

S.S.
SAN MARTÍN CASTRO /LECAROS CORNEJO /PRADO SALDARRIAGA /CALDERÓN CASTILLO /SANTA MARÍA MORILLO

CAPÍTULO II
La prueba

I.
PRECEPTOS GENERALES

1.
RECURSO DE NULIDAD N.º 407-2015-CUSCO
REGLAS PARA LA VALORACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE UN COIMPUTADO SOBRE UN HECHO DE OTRO COIMPUTADO

Recurso de Nulidad	**N.º 407-2015-Cusco**
Fecha	14.07.2015
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponente	Josúe Pariona Pastrana
Tema	Reglas para la valoración de la declaración de un coimputado sobre un hecho de otro coimputado.
Doctrina jurisprudencial relevante	ff. jj. n.os 3.1 y 3.2
Concordancia	Código Penal: art. 297.6
SUMILLA: Cuando declara un coimputado sobre un hecho de otro coimputado, y que a la vez se trata de hechos propios ya que ellos mismos los han cometido conjuntamente, por lo que su condición no es asimilable a la del testigo, aun cuando es de reconocer que tal testimonio puede ser utilizado para formar la convicción judicial. 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 puede mentir.	

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N.º 407-2015
CUSCO

Lima, catorce de julio de dos mil quince

VISTOS; El recurso de nulidad interpuesto por el encausado Darío Espinoza López contra la sentencia del diez de noviembre del dos mil catorce —fojas seiscientos setenta y nueve—; interviniendo como ponente el señor juez supremo Pariona Pastrana; de conformidad con lo opinado por el señor fiscal supremo en lo Penal.

CONSIDERANDO

I. Agravio planteado por el encausado Darío Espinoza López

1.1. El recurrente fundamenta su recurso de nulidad —fojas seiscientos noventa y uno— alegando que los sentenciados Hermelinda Ccoicca Junco y Fredy Huamán Huanca señalaron no conocer a los hermanos "Espinoza López", por tanto no existe medio probatorio suficiente que vincule su responsabilidad en el ilícito.

II. Acusación Fiscal

Según la acusación fiscal —fojas doscientos setenta y cuatro— se atribuye al Encausado Darío Espinoza López haber entregado dos paquetes de droga (1, 875 kilogramos de pasta básica de cocaína en estado húmedo) a los sentenciados Huamán Huanca y Ccoicca Junco, el cuatro de agosto del dos mil cuatro, ya que dicho encausado conjuntamente con otras cuatro personas, arribaron a la casa de los referidos sentenciados, proponiéndole al primero de los nombrados llevar una mercadería a la ciudad de Juliaca, por lo que le pagaría la suma de S/. 300.00 soles. En mérito a ello, ambos sentenciados partieron esa misma noche de la comunidad de "Huaribamba-Ranracancha", provincia de Chincheros rumbo a la ciudad de Andahuaylas. Al interior del terminal terrestre de la empresa de transporte "San Gerónimo" el encausado le entregó una mochila conteniendo dos paquetes con drogas, dos pasajes hacia la ciudad del Cusco y la suma de S/100.00 soles, indicándole que el resto le sería pagado en la ciudad de Juliaca al momento de la entrega de la mercadería; sin embargo, fueron intervenidos en la ciudad del Cusco por el personal de la DINANDRO.

III. Presupuestos a tener en cuenta en el contexto de un debido proceso

3.1. El derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos, conforme lo recalca la doctrina consolidada de esta Suprema Instancia, mediante el Acuerdo Plenario número dos guión dos mil cinco oblicua CJ guión ciento dieciséis, del treinta de setiembre de dos mil cinco.

Derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio

3.2. El Acuerdo Plenario número dos guión dos mil cinco/CJ guión ciento dieciséis fundamento octavo establece: "Cuando declara un coimputado sobre un hecho de otro coimputado, y que a la vez se trata de hechos propios ya que ellos mismos los han cometido conjuntamente, por lo que su condición no es asimilable a la del testigo, aun cuando

es de reconocer que tal testimonio puede ser utilizado para formar la convicción judicial [...] 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 puede mentir [...]". De otro lado, el noveno fundamento del Acuerdo Plenario acotado señala "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 [...]".

Declaración de cargo de un coimputado a otro

IV. Análisis de la materialidad del delito de tráfico ilícito de droga

4.1. La materialidad del ilícito está acreditada con las actas de pesaje preliminar de droga —fojas veinticuatro y veinticinco— donde detallan que los sentenciados Fredy Walter Huamán Huanca y Hermelinda Ccoicca Junco transportaban 0.145 gramos y 1.895 gramos de pasta básica de cocaína, respectivamente. Asimismo, con el dictamen pericial —fojas doscientos sesenta y seis— el cual concluye que la sustancia encontrada al sentenciado Huamán Huanca corresponde a pasta básica de cocaína con un peso bruto de 144.00 gramos. Además, con la sentencia conformada del siete de noviembre del dos mil cinco —fojas trescientos ocho— que condenó a los antes citados por delito de tráfico ilícito de drogas —sub tipo promoción y favorecimiento al tráfico ilícito de drogas—

V. Análisis de la responsabilidad penal del encausado Darío Espinoza López

5.1. Una vez reseñada la materialidad del ilícito, ahora corresponde analizar si la misma está vinculada al encausado Espinoza López; en ese sentido, obra la manifestación preliminar de Fredy Walter Huamán —sentenciado—, que en presencia de su abogado defensor, señaló que la droga que se le encontró en el terminal terrestre pertenece a Darío Espinoza López, domiciliado en la comunidad Huaribamba Avenida Real, Lote 8 Ranracancha, provincia de Chincheros, toda vez que el cinco de agosto del dos mil cuatro, a las dieciséis horas aproximadamente dicho sujeto llegó junto con otras personas desconocidas a su casa, para proponerle que viajara con su esposa y transportar un paquete a la ciudad de Juliaca y, por ello, le pagaría la suma de trescientos soles; es así que el siete de agosto del dos mil cuatro, a las cuatro horas aproximadamente los abordó en una combi con destino a Andahuaylas para esperarles en el interior de la empresa de transporte "San Jerónimo", donde llegó portando una mochila de color rojo y negro, para luego en el interior del baño acomodarla dentro de la bolsa de polietileno. Dicha versión fue ratificada con su declaración instructiva —fojas cincuenta y siete— al sostener enfáticamente que el encausado Darío Espinoza López le dio el paquete que contenía la droga para que sea transportada.

5.2. Lo expuesto precedentemente se corrobora con la manifestación preliminar de Hermelinda Ccoicca Junco —fojas diecisiete—, que en presencia de su abogado defensor, refirió que la droga que transportó vía terrestre desde la ciudad de Andahuaylas hasta Juliaca fue por encargo de Darío Espinoza López, quien tuvo una conversación directa con su conviviente, habiéndole ofrecido la suma de trescientos soles por dicho accionar. Además, con el acta de reconocimiento fotográfico realizados por Fredy Walter Huamán Huanca y Hermelinda Ccoicca Junco, quienes en presencia del representante del Ministerio Público —fojas veintiocho—, sindicaron al encausado Espinoza López como el sujeto que les dio los dos paquetes precintados con cinta adhesiva de color beige para que sean transportados a la localidad de Juliaca-Puno por la suma de trescientos soles.

5.3. En ese sentido, se advierte que el relato incriminador de sus coimputados Huamán Huanca y Ccoicca Junco es sólida, pues sostienen que fue el encausad Esopinoza López quien les entregó los paquetes que contenían droga para que sean transportados hasta la ciudad de Juliaca-Puno, y con dicho accionar le iba a pagar la suma de trescientos soles; que si bien su coimputada refirió en su declaración instructiva no conocer a los "Hermanos Espinoza López", sin embargo dicho argumento fue para absolverlo de la acusación fiscal por agravante prevista en el inciso 6 del artículo 297 del Código Penal; por tanto, dichas declaraciones tienen aptitud probatoria suficiente para enervar la presunción de inocencia que le asiste al justiciable y, con ello arribar a su responsabilidad penal.

5.4. En relación al *quantum* de la pena impuesta por el Tribunal Superior, se advierte que impuso una pena menor —ocho años de pena privativa de libertad— a la solicitada por el representante del Ministerio Público en su acusación fiscal de fojas doscientos setenta y cuatro —quince años de pena privativa de libertad—; sin tener en cuenta que el ilícito cometido está revestido de peligrosidad, situación que genera pánico y temor en la sociedad, al crear desconfianza en las expectativas normativas que la rigen, por estas razones se debería proceder a elevar la pena, empero, este Supremo Tribunal está impedido, en tanto, el representante del Ministerio Público no recurrió la sentencia en dicho extremo, por ello en virtud y respeto al principio de prohibición de reforma en peor, aquella debe mantenerse.

DECISIÓN

Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia del diez de noviembre del dos mil catorce —fojas seiscientos setenta y nueve— en el extremo que lo condenó a Darío Espinoza López como autor del delito contra la salud pública, en la modalidad del tráfico ilícito de drogas, en agravio del Estado, a ocho años de pena privativa de libertad; con lo demás que contiene y es materia del presente recurso; y los devolvieron.

S.S. VILLA STEIN / RODRÍGUEZ TINEO / PARIONA PASTRANA / NEYRA FLORES / LOLI BONILLA

2.
CASACIÓN N.º 292-2014-ANCASH
VALORACIÓN DE LA PRUEBA DE ADN QUE GUARDA RELACIÓN DIRECTA CON EL HECHO PRINCIPAL

Casación	**N.º 292-2014-Ancash**
Fecha	17.02.2016
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponente	Josué Pariona Pastrana
Tema	Valoración de la prueba de ADN que guarda relación directa con el hecho principal.
Doctrina jurisprudencial vinculante	ff. jj. n.os 3.3.4., 3.3.5 y 3.3.6
Concordancia	Código Penal: art.158 Código Procesal Penal: arts. 158 y 172

SUMILLA:
Cuando en el proceso se presenta una prueba científica de ADN que guarde una relación directa con el hecho principal que se pretende probar, esta debe actuarse en sede de instancia y en tiempo oportuno así como efectuar su valoración previa a la emisión de la sentencia. El juzgador no puede sentenciar si no se ha efectuado la actuación probatoria de dicha evidencia científica.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 292-2014
ANCASH

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, diecisiete de febrero de dos mil dieciséis

VISTOS; El recurso de casación interpuesto por la defensa del encausado Melecio Gaudencio Carrión Quito, contra la sentencia de vista del dieciséis de mayo de dos mil catorce —fojas doscientos cincuenta y siete del cuaderno de debates—, que confirmó la de primera instancia —fojas ciento cuarenta del cuaderno de

debates— del veinticuatro de marzo del dos mil catorce, que lo condenó como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual, tipificado en el primer párrafo del artículo ciento setenta del Código Penal, en agravio de la menor K.M.M, y le impuso seis años de pena privativa de libertad efectiva.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana.

I. ANTECEDENTES

1.1. Imputación fiscal

Según la imputación fiscal, el veintiséis de agosto de dos mil once, en circunstancias que la menor agraviada de iniciales K.M.M. (diecisiete años de edad), caminaba sola por la carretera en el sector denominado Cuta Quenua de la Puna del caserío de Tambillos, a fin de recoger los ganados vacunos y ovinos de sus padres, fue interceptada por el encausado Carrión Quito, quien la cogió de la cintura y a la fuerza la llevó hacia la parte baja donde hay pastizal, tumbándola, y tras amenazarla mantuvo relaciones sexuales vaginales, repitiendo lo mismo luego de quince minutos. A consecuencia de ello, la víctima quedó embarazada y dio a luz el día quince de junio de dos mil doce.

II. ITINERARIO DEL PROCESO

2.1. Por sentencia del veinticuatro de marzo de dos mil catorce —fojas ciento cuarenta del cuaderno de debates—, se condenó a Melecio Gaudencio Carrión Quito, como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual, tipificado en el primer párrafo del artículo ciento setenta del Código Penal, en agravio de la menor K.M.M, y le impuso seis años de pena privativa de libertad efectiva.

2.2. Dicha sentencia fue impugnada por el encausado Melecio Gaudencio Carrión Quito. En mérito a su recurso de apelación, la Sala Mixta Transitoria Descentralizada de la provincia de Huari emitió la sentencia de vista del dieciséis de mayo de dos mil catorce —fojas doscientos cincuenta y siete del cuaderno de debates— en el que confirmó la sentencia de primera instancia del veinticuatro de marzo del dos mil catorce, que condenó al citado encausado como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual, tipificado en el primer párrafo del artículo ciento setenta del Código Penal, en agravio de la menor K.M.M, y le impuso seis años de pena privativa de libertad efectiva.

2.3. Contra la citada sentencia de vista, el encausado Melecio Gaudencio Carrión Quito interpuso recurso de casación mediante escrito de fecha dos de junio del dos mil catorce —fojas doscientos setenta y ocho del cuaderno de debates—, invocando el inciso uno y cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del Código

Procesal Penal, referido concretamente a la violación de la garantía constitucional de carácter procesal o material —presunción de inocencia—, derecho a la prueba pertinente y falta o manifiesta ilogicidad de la motivación cuando el vicio resulte de su propio tenor.

2.4. Mediante resolución del tres de junio del dos mil catorce —fojas doscientos ochenta y nueve del cuaderno de debates— la Sala Penal de Apelaciones concedió recurso de casación al recurrente Melecio Gaudencio Carrión Quito y ordenó se eleven los actuados a esta Suprema Sala. Mediante Ejecutoria suprema del cuatro de febrero de dos mil quince —fojas sesenta y cuatro del cuadernillo formado en esta instancia— este Supremo Tribunal declaró bien concedido el recurso de casación interpuesto por el recurrente, quien invocó las causales uno y cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, por la presunta vulneración de la garantía constitucional de carácter procesal o material, presunción de inocencia, derecho a la prueba pertinente así como la falta o manifiesta ilogicidad de la motivación de sentencia.

2.5. Ahora, cabe precisar que si bien este Supremo Tribunal declaró bien concedido el recurso de casación interpuesto por el recurrente, por el primer numeral del artículo 427 del Código Procesal Penal, vinculándola con la causal primera y cuarta del artículo 429 del texto procesal penal; no obstante, al realizar una lectura integral del expediente materia de autos, esta suprema instancia considera conveniente desarrollar doctrina jurisprudencial, respecto a: "la necesaria realización de la prueba científica de ADN, su actuación en sede de instancia y su valoración previa a la emisión de sentencia", en atención a lo establecido en el inciso primero del artículo 432 del Código Procesal Penal; por lo que, al advertirse la necesidad de desarrollo de doctrina jurisprudencial, en cuanto a este extremo, corresponde vincularla con el primer inciso del artículo 429 del citado texto legal.

2.6. Deliberada la causa en sesión secreta y votada el día de la fecha, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia privada —con las partes que asistan— se realizará por la secretaria de la Sala el diecisiete de febrero del presente año a horas ocho y treinta de la mañana.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

3.1. Respecto al ámbito de la casación

3.1.1. Conforme se estableció en la Ejecutoria suprema del cuatro de febrero de dos mil quince —fojas sesenta y cuatro del cuadernillo formado en este Tribunal Supremo—, fue declarado bien concedido el recurso de casación interpuesto por el condenado Melecio Gaudencio Carrión Quito, por las causales contenidas en los incisos primero y cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal; por tanto, los motivos de casación se centran en la inobservancia

de la garantía constitucional relacionado al principio constitucional de presunción de inocencia, derecho a la prueba pertinente y falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor; así como al desarrollo de doctrina jurisprudencial, respecto a la necesaria realización de la prueba científica de ADN, su actuación en sede de instancia y su valoración previo a la emisión de sentencia, en atención a lo expuesto en el apartado 2.5 de la presente resolución.

3.1.2. Sobre estos puntos el recurrente Melecio Gaudencio Carrión Quito, sostiene que: **i)** Se ha inobservado las garantías constitucionales, pues se vulneró las reglas de la ciencia y la lógica jurídica, al no actuarse los resultados de la prueba genética de ADN para determinar si producto de la violación sexual procrearon un hijo, vulnerándose así la presunción de inocencia y el derecho a la prueba pertinente; y, **ii)** la sentencia carece de una investigación sustancial y actividad probatoria, al no existir una respuesta razonada, motivada y congruente de la acusación fiscal, más aún si tenemos en cuenta que la agraviada indicó haber sido abusada sexualmente en fecha incierta, quedando embarazada producto de la violación; y, según lo indicado por el Ministerio Público la violación sexual se perpetró el veintiséis de agosto del dos mil once, sin embargo dio a luz el quince de junio del dos mil doce, esto es diez meses después, lo que evidencia científicamente que el encausado no perpetró el delito, ya que dadas las fechas, su embarazo debió ser a fines de setiembre o inicios de octubre del año dos mil once.

3.1.3. A lo anterior expuesto, corresponde a este Tribunal Supremo, como garante y protector, el control de las garantías constitucionales cuando se alega vulneración de la presunción de inocencia, se concreta, en realidad, en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina de esta instancia suprema sobre el alcance de la motivación y las alegaciones sobre la existencia de prueba en forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máxima de la experiencia y a los conocimientos científicos.

3.2. De los motivos casacionales: Inobservancia de las garantías constitucionales relacionado a la presunción de inocencia, derecho a la prueba pertinente-prueba científica de ADN, así como la falta o manifiesta ilogicidad de la motivación

3.2.1. Antes de referirnos en concreto al caso de autos, es necesario tener en consideración que el proceso penal está revestido de diversas garantías de reconocimiento constitucional que busca no solo otorgar al encausado un marco de seguridad jurídica, sino en última instancia

Proceso penal y garantía constitucionales

mantener un equilibrio entre la búsqueda de la verdad material y los derechos fundamentales del imputado, los cuales constituyen un límite al poder punitivo estatal, cuya protección y respeto no pueden ser ajenos a una justicia penal contemporánea. En tal contexto, las garantías constitucionales del proceso penal se erigen como límite y marco de actuación de la justicia penal.

Presunción de inocencia: vertiente temporal y material

3.2.2. En ese orden de ideas, el derecho a la presunción de inocencia alegado por el recurrente, es un derecho subjetivo del ciudadano, la misma que despliega una doble vertiente: temporal y material. La primera parte radica en una verdad inicial, la inocencia del procesado, que no se destruye hasta que su culpabilidad no haya quedado establecida en sentencia firme; y, la segunda, radica en que a partir de la presunción inicial de inocencia, la condena sólo puede fundarse en una prueba plena o prueba indiciaria sin contraindicios que acredite fehacientemente su culpabilidad, por lo tanto enerve dicha presunción, y si no se produce aquélla deberá absolvérsele de la imputación penal.

Presunción de inocencia y Naciones Unidas

3.2.3. Así, en el Informe elaborado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas de los Derechos Humanos en 1984 para la Asamblea General sobre el estado de aplicación de los derechos consagrados en el Pacto, resumía dicha doble eficacia, al sostener que "por razón de la presunción de inocencia, la carga de la prueba corresponde a la acusación y el acusado tiene el beneficio de la duda. No cabe presumir culpabilidad alguna hasta que la acusación haya sido probada más allá de cualquier duda razonable. Además, la presunción de inocencia implica el derecho a ser tratado de acuerdo con dicho principio. Constituye, por tanto, una obligación de todas las autoridades públicas de abstenerse de prejuzgar el resultado del proceso."

Presunción de inocencia y proceso penal

3.2.4. Asimismo, el artículo 2, inciso 24, literal e) de nuestra Carta Constitucional al sostener que "Toda persona es considerada inocente mientas no se haya declarado judicialmente su responsabilidad". Ello supone, en primer lugar, que por el derecho a la presunción o estado de inocencia toda persona es considerada inocente antes y durante el proceso penal; es precisamente mediante la sentencia firme que se determinará si mantiene ese estado de inocencia o si, por el contrario, se le declara culpable; mientras ello no ocurra es inocente; y, en segundo lugar, que el juez ordinario para dictar esa sentencia condenatoria debe alcanzar la certeza de culpabilidad del acusado, y esa certeza debe ser el resultado de la valoración razonable de los medios de prueba practicados en el proceso penal.

Tutela de la presunción de inocencia dentro del ámbito casacional

3.2.5. Es por ello que, la tutela del derecho a la presunción de inocencia está dentro del ámbito casacional, a efectos de establecer si ha existido

una actividad probatoria de cargo, practicada con las debidas garantías, suficientes para desvirtuar tal presunción.

Presunción de inocencia y actividad probatoria

3.2.6. En ese sentido, el derecho a la presunción de inocencia se vincula directamente con la actividad probatoria en cuanto exige, para la emisión de una sentencia condenatoria, que el órgano jurisdiccional, sobre la base de la prueba de cargo aportada, alcance el convencimiento respecto de dos cuestiones fundamentales en el proceso: a la acreditación de un hecho, a través de la prueba practicada, y a la participación en el mismo de una persona a la que se le imputa la comisión de ese hecho delictivo.

Tribunal Supremo debe verificar si se lesiono la presunción de inocencia

3.2.7. Por lo dicho, cualquier denuncia de afectación a la presunción de inocencia habilita a este Tribunal Supremo a verificar solamente si existió o no en el proceso penal actividad probatoria mínima que desvirtúe ese estado de inocencia (valoración objetiva de los medios de prueba).

Derecho a la prueba pertinente

3.2.8. Respecto al derecho a la prueba pertinente, este derecho garantiza a las partes la obligatoriedad del juzgador de atender a sus solicitudes de prueba ofrecidas, siempre que resulten pertinentes y necesarias dadas en el tiempo y forma.

Juez y derecho a la prueba pertinente

3.2.9. En ese sentido, el juez o tribunal debe garantizar a las partes la atención a sus solicitudes de ofrecimiento de pruebas, siempre que: **i)** Sean pertinentes, es decir, que guarden conexión con los hechos objeto del proceso; y, **ii)** tengan un grado de incidencia sobre el objeto del proceso, es decir, resulten relevantes, útiles y necesarios respecto al hecho que pretende ser probado. Empero cabe precisar que el derecho a utilizar medios de prueba pertinentes no es ilimitado, su ejercicio debe ser solicitado en la forma y momento legalmente previsto[1].

Producción de prueba de descargo y valoración por el Tribunal

3.2.10. En esa línea, el profesor Julio Maier sostiene que la producción de prueba de descargo (o de cargo) es considerada una facultad imprescindible como manifestación del derecho de defensa. Facultad que genera el deber del Tribunal de ordenar su recepción, salvo cuando la prueba ofrecida sea evidentemente impertinente (no referida al objeto procesal concreto) o superabundante (excesiva para demostrar el extremo que se pretende)[2]. Además, afirma que la inobservancia por el Tribunal de esta regla, oportunamente advertida, permite recurrir la sentencia por vía de la casación (falta de fundamento de prueba omitida)[3]. Recibida la prueba, corresponderá al Tribunal valorarla. Para

1 Vid. San Martín Castro, *Derecho procesal penal*, Lima, INDECCP, 2015, p. 130.

2 Vid. MAIER, Julio, *Derecho procesal penal*. Tomo I: Fundamentos. Buenos Aires. Editores del Puerto S.R.L. 1996. p. 587.

3 Ibídem. p. 587.

el acusador y el imputado ello significa la posibilidad de argumentar ante el Tribunal el sentido que debe tener su decisión, desde el punto de vista fáctico y jurídico.

Derecho a probar, derecho a la prueba pertinente y valoración de la prueba

3.2.11. Por ello, la relación entre el derecho a la prueba pertinente y el derecho a probar resulta ineludible, pues según este último, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa. Así, se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito con la finalidad que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectivo y adecuadamente realizado[4].

Prueba científica y proceso penal

3.2.12. Ahora bien, respecto a la prueba científica de ADN, se debe precisar que en los últimos años los constantes avances científicos y técnicos han tenido un profundo impacto en el ámbito de la prueba. La dactiloscopia, la balística, la patología, entre otros, son ejemplos de esta proyección de los conocimientos científicos en el campo de la investigación criminal. En esa línea, la explicación de la evidencia científica en el ámbito del proceso contribuye al esclarecimiento de los hechos y sirve como fundamento para un pronunciamiento condenatorio o absolutorio[5].

La prueba de ADN y su importancia en el ámbito forense

3.2.13. En concreto, el carácter científico de la prueba de ADN viene dado por el estudio de la Genética Forense, consistente en el análisis genético de la diversidad humana. Así, la importancia de la prueba de ADN en el ámbito forense reside en su potencial aplicabilidad para resolver casos que serían muy difíciles de esclarecer por los procedimientos de investigación convencionales y en su elevadísima fiabilidad de sus resultados. Así, los tipos más comunes de aplicación forense de la prueba de ADN, son la investigación biológica de la paternidad[6], la resolución de problemas de identificación y la

4 Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional del 17 de octubre del 2005, Exp. N.º 6712-2005-HC/TC, f. j. n.° 15.

5 Vid. San Martin Castro, Derecho procesal penal, ob. cit., p. 543.

6 Las pruebas de ADN para determinar la paternidad se realizan comprando la secuencia de ADN del padre, del menor y de la madre. La combinación de las secuencias de ADN

investigación de indicios en criminalística biológica, es decir, el análisis de muestras biológicas de interés criminal, como son los tejidos, pelos, restos óseos, fluidos de sangre, saliva, semen, orina entre otros.

3.2.14. Ahora bien, el juez frente a la prueba científica de ADN no debe eximirse de realizar el trabajo de valoración. Es responsabilidad del juez interpretar esos resultados correctamente y atribuirles un determinado peso en la formación de su convicción sobre el hecho principal. Ello es importante, pues no es lo mismo que la prueba guarde una relación directa con el hecho principal que se pretende probar o que la prueba proporcione tan solo un indicio más para probar ese hecho principal.

Prueba de ADN y valoración judicial

3.2.15. Estamos en el primer supuesto, por ejemplo, cuando en el proceso por un delito contra la libertad sexual el análisis de ADN del semen encontrado en la vagina de la víctima demuestra que el semen es del acusado(o que no lo es). En este supuesto cabe decir que la prueba de ADN hace prueba plena (o excluye, según sea el caso) la culpabilidad del acusado. Asimismo, en este mismo delito, cuando la prueba de ADN evidencie la paternidad del menor engendrado producto de la violación.

Prueba de ADN y objeto

3.2.16. Estamos en el segundo supuesto, por ejemplo, cuando en el proceso por delito de homicidio, la prueba de ADN de unos cabellos encontrados en la escena de los hechos demuestra que los cabellos son del acusado. En este supuesto, lo único que prueba el análisis de ADN es que el acusado estuvo en la escena del crimen; pero no prueba que estuvo en el momento en que éste se cometió, y menos que fuera él quien lo hizo. El resultado de la prueba de ADN (que el acusado estuvo en la escena del crimen) no es más que un indicio de la culpabilidad del encausado. Para probar que el acusado es culpable se necesitan otros indicios o pruebas.

Prueba de ADN como indicio

3.2.17. Por tanto, cuando en el proceso se presenta una prueba científica-ADN que guarde una relación directa con el hecho principal que se pretende probar, esta debe actuarse en sede de primera instancia y en tiempo oportuno, así como efectuar su valoración previa a la emisión de sentencia por el *a quo*. El juzgador no puede sentenciar si no se ha efectuado la actuación probatoria de dicha evidencia científica. Lo

Prueba de ADN que guarda relación directa con el hecho principal: Actuación

del padre y de la madre debe dar como resultado la secuencia del menor; sólo de esta manera se tendrá la seguridad, generalmente de más del 99.9%, sobre la paternidad del menor de edad. Así también, respecto al índice de probabilidad de paternidad superior al 99.9% de la prueba de ADN. En Rev. Prolegómenos-Derecho y Valores, Bogotá, Volumen XIII n.º 25, 2010, p. 128.

contrario afecta el derecho a la prueba que es consustancial al principio de inocencia.

3.2.18. Así también, en cuanto a la motivación de las resoluciones judiciales cuestionado por el recurrente, como bien lo ha precisado esta Suprema Sala en la sentencia casatoria número tres guión dos mil siete, del siete de noviembre del dos mil siete, en la cual establece que "la motivación constitucionalmente exigible requiere de una argumentación que fundamente la declaración de voluntad del juzgador y atienda al sistema de fuentes normativas establecido". Así, una debida motivación es aquella decisión que se sustenta en criterios de racionalidad y razonabilidad, esto es, respetando las pautas de la lógica formal ciñéndose a lo previsto por el derecho y las conductas sociales aceptadas, de no ser así, se originaría el vicio procesal llamado motivación defectuosa en sentido estricto, lo que indudablemente vulnera el principio lógico de congruencia; que, en efecto, toda sentencia —sea absolutoria o condenatoria— debe ser la expresión lógica de la valoración concreta de las pruebas practicadas —motivación fáctica— y de la interpretación de la norma aplicable —motivación jurídica—, de modo que se garantice al justiciable una resolución fundada en derecho; de ahí que, una de las manifestaciones de la garantía de la motivación de resoluciones judiciales es la exigibilidad al órgano judicial para que explique las razones que sustentan su fallo, de modo que haga posible conocer las pruebas y el razonamiento en virtud de los cuales condena o absuelve a un encausado, y del mismo modo, las razones legales en cuya virtud la conducta se subsume o no en el tipo penal materia de incriminación; que este derecho es una garantía de las partes del proceso, mediante el cual se puede comprobar que la resolución expedida es consecuencia de una exigencia racional del ordenamiento jurídico y no producto de la arbitrariedad judicial.

Debida motivación de las resoluciones judiciales

3.2.19. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado también, que "el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificados en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso"[7]. En esa línea, la motivación debe abarcar: **a)** La fundamentación del relato fáctico con exposición de las pruebas de las imputaciones que el mismo contiene; **b)** la fundamentación de la subsunción de los hechos declarados probados en el tipo legal procedente, con análisis de los elementos descriptivos

7 Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º 3264-2009-HC/TC.

y normativos, tipo objetivo y subjetivo y circunstancias modificativas; y, **c)** la fundamentación de las consecuencias penales y civiles, por tanto, de la individualización de la pena y medidas de seguridad en su caso, responsabilidades civiles, costas y consecuencias accesorias. Cabe precisar, que la mera indicación de las pruebas que sustentan el fallo, no constituye motivación, pues no hay una explicación sobre ellas.

3.3. Análisis en el caso concreto

3.3.1. En atención a lo antes expuesto y luego de revisar la decisión adoptada por la Sala Penal de Apelaciones, se aprecia que tanto éste como el Juzgado Colegiado en sus respectivas fundamentaciones no se advierte que hayan consignado elementos probatorios que logren enervar la garantía constitucional de presunción de inocencia que le asiste al recurrente Carrión Quito; denotándose además la infracción de la garantía de motivación de las resoluciones judiciales, al existir deficiencia en su motivación interna ya que carece de coherencia en su justificación, pues las razones en que justifica su decisión resulta confuso e incongruente.

3.3.2. Así, el Tribunal de instancia en un primer momento razona que no es necesario efectuar una valoración de la prueba biológica de ADN a fin de determinar la paternidad del neonato producto de la violación sexual [véase considerando 3.3.3.c, obrante a fojas doscientos sesenta y siete]. Sin embargo, líneas posteriores, sin mediar fundamentación alguna concluye que existe como hecho probado y cierto que la agraviada ha mantenido relaciones sexuales [con el progenitor-encausado] y producto de ello ha alumbrado a un neonato, concretándose la autoría directa del recurrente [véase considerando 3.3.6.c, obrante a fojas doscientos sesenta y ocho]. En ese sentido, se aprecia de la propia argumentación efectuada por la Sala Penal, que esta presenta una sustancial incongruencia e inconsistencia en su justificación, pues según la propia Sala Superior se encuentra "fehacientemente probado", que producto de la violación [relaciones sexuales con el encausado] la agraviada ha alumbrado a un neonato, sin embargo descarta la valoración del resultado de la prueba de ADN que vincularía científicamente o no al recurrente como progenitor del neonato y autor de la violación. Por lo que, dicho razonamiento efectuado por el Tribunal de mérito en la sentencia de vista resulta arbitrario e incongruente, que la convierte en una motivación ilógica, pues toda sentencia condenatoria o absolutoria debe ser expresión lógica de la valoración concreta de las pruebas y de la interpretación de la norma aplicable, a fin de garantizar al justiciable una resolución fundada en derecho.

Presunción de inocencia y motivación deficiente

3.3.3. Asimismo, se observa falta de motivación en la sentencia de vista, pues el Tribunal de mérito no expuso con argumentos determinantes las razones de la omisión en la actuación y valoración de la prueba biológica de ADN, solicitado por el recurrente en su apelación, pues esta prueba resulta ser pertinente y necesaria para tener certeza que el neonato es producto o no de la violación que sufrió la agraviada, más aún si la imputación se sustenta en gran medida en que el hijo de la agraviada es resultado de la violación sexual, máxime si la propia adolescente afirmó que la única oportunidad en la que sostuvo relaciones sexuales fue cuando el recurrente abusó de ella. Por lo que, la Sala Superior al no compulsar y valorar dicho medio de prueba [prueba biológica de ADN] afectó también el derecho del recurrente a utilizar medios de prueba pertinente, pues este derecho garantiza a las partes la obligatoriedad del juzgador de atender a sus solicitudes de prueba ofrecidas, siempre que resulten pertinentes y necesarias dadas en el tiempo y forma. En ese sentido, al haberse ofrecido la prueba biológica de ADN tomándose las muestras pertinentes, dentro del plazo y con las formalidades que exige la ley, resulta insostenible soslayar la compulsa y su valoración de dicha prueba, para llegar a la certeza del *thema probandum* y la responsabilidad del recurrente.

Falta de motivación y vulneración al derecho a la prueba pertinente en el caso concreto

3.3.4. Cuando en el proceso se presenta una prueba científica de ADN que guarde una relación directa con el hecho principal que se pretende probar, esta debe actuarse en sede de instancia y en tiempo oportuno, así como efectuar su valoración previa a la emisión de sentencia. El juzgador no puede sentenciar si no se ha efectuado la actuación probatoria de dicha evidencia científica. Lo contrario afectaría el derecho a la prueba que es consustancial al principio de inocencia.

Prueba de ADN pertinente debe actuarse sede de instancia

3.3.5. La aplicación forense de la prueba de ADN, se da en la investigación biológica de la paternidad, en la resolución de problemas de identificación y la investigación de indicios en criminalística biológica, es decir, el análisis de muestras biológicas de interés criminal, como los tejidos, pelos, restos óseos, fluidos de sangre, saliva, semen, orina entre otros.

Prueba de ADN: Radio de acción en el proceso penal

3.3.6. En los delitos contra la libertad sexual, cuando se trata de imputación contra una sola persona que ha mantenido relaciones sexuales con la presunta agraviada y a consecuencia de ello procrea un menor, es necesario la realización de la prueba científica de ADN a fin de determinar la paternidad y la responsabilidad penal o no del encausado.

Prueba de ADN en delitos contra la libertad sexual

3.3.7. Por tanto, como ya se indicó precedentemente, el *ad quem* no solo infringió la garantía constitucional de la presunción de inocencia,

derecho a la prueba pertinente, sino también a la debida motivación de resoluciones judiciales, pues las razones en que justifica su decisión resultó incongruentes, por lo que estamos frente a una resolución no arreglada al mérito de lo actuado y a la ley, por lo que corresponde anularlo y disponer que otro Colegiado emita nuevo pronunciamiento, conforme lo establece el artículo cuatrocientos treinta y tres, inciso primero, del Código Procesal Penal.

Vulneración a las garantías constitucionales en el caso concreto

3.3.8. De otro lado, atendiendo a que el encausado Melecio Gaudencio Carrión Quito, se encuentra recluido en el Establecimiento Penitenciario de Huaraz, por mandato de la sentencia de fecha veinticuatro de marzo del dos mil catorce —fojas ciento cuarenta del cuaderno de debates—, confirmada por la sentencia de vista del dieciséis de mayo de dos mil catorce —fojas doscientos cincuenta y siete del cuaderno de debates—, y estando a que las mismas han sido declaradas nulas por este Supremo Tribunal, corresponde su inmediata excarcelación.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon:

I. FUNDADO el recurso de casación interpuesto por la defensa de Melecio Gaudencio Carrión Quito, por vulneración de la garantía constitucional de presunción de inocencia, derecho a la prueba pertinente; y la falta de motivación de sentencia.

II. CASARON la sentencia de vista del dieciséis de mayo del dos mil catorce —fojas doscientos cincuenta y siete del cuaderno de debates—, que confirmó la sentencia de primera instancia —fojas ciento cuarenta del cuaderno de debates— del veinticuatro de marzo del dos mil catorce, que condenó al citado encausado como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual, tipificado en el primer párrafo del artículo ciento setenta del Código Penal, en agravio de la menor K.M.M, y le impuso seis años de pena privativa de libertad efectiva.

III. NULA la citada sentencia de primera instancia —fojas ciento cuarenta del cuaderno de debates—.

IV. ORDENARON que otro Colegiado emita nuevo pronunciamiento, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte considerativa de la presente resolución.

V. ORDENARON la libertad del mencionado procesado, siempre y cuando no exista mandato de detención en su contra, oficiándose vía fax a la Sala Mixta Transitoria Descentralizada de la Provincia de Huari para su excarcelación.

VI. ESTABLECER como doctrina jurisprudencial vinculante lo señalado en el considerando 3.3.4, 3.3.5, 3.3.6 de la presente Ejecutoria suprema de conformidad

con el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal respecto a la necesaria realización de prueba científica de ADN, su actuación en sede de instancia y su valoración previo a la emisión de sentencia.

VII. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por intermedio de la secretaria de esta Suprema Sala Penal; y acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia.

VIII. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelvan los autos al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

IX. PUBLICAR en el diario oficial *El Peruano* conforme a lo previsto en la parte *in fine* del inciso tres del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal.

S.S. VILLA STEIN/ RODRÍGUEZ TINEO/ **PARIONA PASTRANA/** HINOSTROZA PARIACHI/ NEYRA FLORES

3.
CASACIÓN N.º 628-2015-LIMA
IMPORTANCIA DE LA MOTIVACIÓN DE SENTENCIA BASADA EN LA PRUEBA INDICIARA

Casación	**N.º 628-2015-Lima**
Fecha	05.05.2016
Procedencia	Sala Penal Transitoria
Ponente	César San Martín Castro
Tema	Importancia de la motivación de sentencia basada en la prueba indiciara
Jurisprudencia relevante	ff. jj. n.os 1 y 5
Concordancia	Código Penal: art. 399 Código Procesal Penal: art. 158 Constitución Política del Perú: art. 139.5

SUMILLA:

Importancia de la motivación de sentencia en la prueba indiciaria

1. La motivación descansa tanto en la declaración de hechos probados cuanto en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas materiales que rigen tanto el injusto penal y la culpabilidad cuanto las reglas sobre la medición judicial de la pena, así como los criterios de imputación civil y quantum de la reparación civil. 2. El examen de la presunción de inocencia importa un triple control: juicio sobre la prueba, juicio sobre la suficiencia y juicio sobre la motivación y su razonabilidad. La corrección de la prueba indiciaría se encuentra en el juicio sobre la suficiencia probatoria, mientras que la correlación de la motivación se encuentra en el juicio de razonabilidad. 3. El contraindicio, que es la contraprueba indirecta, consiste en la prueba de algún hecho con el que se trata de desvirtuar la realidad de un hecho indiciario, al resultar incompatibles tales hechos entre sí o al cuestionar aquel hecho la realidad de éste, debilitando su fuerza probatoria.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
CASACIÓN N.º 628-2015
LIMA

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, cinco de mayo de dos mil dieciséis

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación interpuesto por el encausado Jorge Ricardo Aparicio Nosselli contra la sentencia de vista de fojas cuatrocientos

sesenta y siete, de siete de julio de dos mil quince, en cuanto confirmando en un extremo y revocando la sentencia de primera instancia de fojas ciento cuarenta y tres, de trece de febrero de dos mil quince, lo condenó como autor del delito de negociación incompatible en agravio del Estado a dos años de pena privativa de libertad efectiva y cuatro años de inhabilitación, así como fijó en cien mil soles el pago solidario por concepto de reparación civil; con costas.

Interviene como ponente el señor San Martín Castro.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero. Que tanto la Jueza del Tercer Juzgado Penal Especializado de Lima cuanto la Sala Penal de Apelaciones de Lima declararon probado que el encausado Aparicio Nosselli cometió el delito de negociación incompatible y, como tal, le impusieron la pena y reparación indicadas en el introito de esta Ejecutoria.

Cabe destacar que se condenó igualmente por el referido delito a Raúl Emilio Del Solar Portal como autor y a Luis Felipe Izaguirre Uribe como cómplice primario. De otro lado, se absolvió cuatro funcionarios de Banmant del cargo de autoría del aludido delito y a dos *extraneus* del cargo de complicidad primaria.

Segundo. Que los hechos declarados probados, en segunda instancia —que son los que sustentan, desde la perspectiva jurídica, el recurso de casación materia de examen de fondo—, son los siguientes:

A. El diecisiete de enero de dos mil cinco el encausado Aparicio Nosselli, en su condición de Gerente General del Banco de Materiales, emitió la Resolución número cero uno ocho guión cero cinco guión GG guión BM, en cuya virtud designó al Comité del Proyecto Techo Propio y Proyectos Integrales de Desarrollo Habitacional, que le correspondía efectuar el seguimiento para la liquidación de ciertos programas.

B. Tres días después, el veinte de enero de dos mil cinco, el sentenciado Del Solar Portal, Gerente de Inversiones y Colocaciones, emitió el Memorando número ciento dos guión cero cinco guión GIC, con el visto bueno del Jefe del Departamento de Riesgos del Banco de Materiales —en adelante Banmat— dirigido al encausado recurrente Aparicio Nosselli, que tenía como asunto "Modificaciones al Procedimiento del Programa de Vivienda Básica a través de Promotor Inmobiliario".

C. El veintidós de enero de dos mil cinco el Jefe del Departamento de Evaluación de Proyectos Sandro Rivero Gonzáles emitió el Informe número cuarenta y dos guión cero cinco guión GT guión

DEP, dirigido al Gerente Técnico Rosario Ramírez Rojas. En él se indicó que a solicitud de la Gerencia General se determinó la necesidad de realizar la revisión integral del procedimiento P guión cero cero tres guión cero tres diagonal GT. El mencionado informe, a su vez, generó el Informe número cero nueve cuatro guión cero cinco diagonal GT de la Gerencia Técnica, a cargo de Ramírez Rojas, con copia a la Gerencia General y al Departamento de Evaluación de Proyectos.

D. Todo lo realizado dio lugar a que el cuatro de abril de dos mil cinco se apruebe el Procedimiento "Programa de Vivienda Básica a través de Promotor Inmobiliario" con Código P guión cero cero tres guión cero tres diagonal GT. El encausado Aparicio Mosselli aprobó dicho Procedimiento.

E. En el nuevo Procedimiento se introdujo el requisito de suscribir un contrato preparatorio para vincular la futura venta del terreno. Se trató de un aspecto nuevo, introducido en la Revisión cero dos, que lo hacía diferente al anterior, Revisión cero uno.

F. De otro lado, el acusado Aparicio Mosselli dispuso que el Jefe de Imagen Luis Sigler Flores proporcione al Consorcio Los Álamos el logo de Banmat para sus impresos de promoción. Ello ocurrió en marzo de dos mil cinco.

G. El veintiocho de junio de dos mil cinco, mediante Memorando número cinco nueve dos guión cero cinco guión GlCk, Roberto Mc Farlane Vidal, Gerente de Inversiones y Colocaciones, por encargo del Gerente General, convocó al Comité de Colocaciones para el mismo día a las cinco de la tarde a fin de evaluar y aprobar la solicitud de financiamiento planteada por Consorcio Los Álamos, en relación al referido Proyecto. En esa fecha, a través del Acta del Comité de Colocaciones número cero cuatro guión cero cinco, se aprobó el financiamiento del Programa de Construcción del citado Proyecto, en la modalidad de promotor inmobiliario, hasta por la suma de diecisiete millones cuatrocientos veinticinco mil sesenta soles, y se dispuso que la Gerencia General suscriba el convenio de financiamiento correspondiente. Los titulares del terreno en cuestión eran el Banco de Crédito y el Banco Financiero, con los que las empresas Contratistas La Unión Sociedad Anónima y R&G Contratistas —integrantes del Consorcio Los Álamos— con fecha uno de marzo de dos mil cinco formalizaron un acuerdo preparatorio de venta del terreno, en el que se estipula que Banmat financiera esa adquisición.

H. Sobre esa base fáctica, se estimó que está acreditado el interés indebido de los funcionarios de Banmat a favor de Consorcio Los Álamos. El interés indebido se consideró probado porque se inició desde el proceso de contratación con la presentación del citado Proyecto en la Mesa de Partes de Banmat el día trece de mayo de dos mil cinco. La materialización de este interés tuvo como antecedente las tratativas previas de intervención e injerencia (reuniones, comunicaciones por correo electrónico, actos de promoción, etcétera).

I. El interés en la contratación privada de compromiso de compraventa de terreno celebrada por el Consorcio respecto del terreno en donde se ejecutó el Proyecto y el financiamiento para la compra del mismo por el Banmat, se acreditó con los aportes fácticos y valorativos citados en la prueba documental y testimonial actuadas en primera y en segunda instancia.

Tercero. Que contra la sentencia de vista interpusieron recurso de casación Jorge Ricardo Aparicio Mosselli, Raúl Emilio Del Solar Portal y Luis Felipe Izaguirre Uribe.

Si bien el Tribunal Superior concedió el recurso de casación de dos de los imputados, como aparece de la resolución de fojas seiscientos treinta y seis, de tres de agosto de dos mil quince, este Tribunal Supremo, en la estación procesal correspondiente, con arreglo al artículo 430° apartado 6 del Nuevo Código Procesal Penal, solo aceptó el recurso de casación del encausado Aparicio Mosselli, según el auto de fojas ciento cincuenta y uno, de veinte de noviembre de dos mil quince —del cuadernillo de casación—.

Cuarto. Que, si se toma en cuenta el recurso de casación del encausado Aparicio Mosselli de fojas quinientos cuarenta y siete, de veintiuno de julio de dos mil quince, en concordancia con lo expresamente aceptado de sus términos por el auto supremo de fojas ciento cincuenta y uno, de veinte de noviembre de dos mil quince, lo que es materia de dilucidación en sede casacional es lo que a continuación se expone:

Motivos de la Casación

A. El motivo de casación está vinculado a la inobservancia de la garantía constitucional de motivación (artículo 429° apartado 4 del Nuevo Código Procesal Penal), al no seguirse los presupuestos para el uso de la prueba indiciaria: hecho base probado, pluralidad de indicios, concomitancia al hecho indicado, interrelación indiciaria e inferencia razonable —respecto de lo cual existe una sentencia vinculante: 1 guión dos mil seis diagonal ESV guión veintidós, de trece de octubre de dos mil seis—.

B. Denuncia al respecto que en la sentencia de vista se contabilizó dos veces un mismo hecho probado: autorización para el uso del logo de Banmat por Consorcio Los Álamos; y, se reputa que el cambio del Procedimiento que sustentó la aprobación del Proyecto presentado por el Consorcio Los Álamos, fue dispuesta para favorecerlo, denotando con ello un interés indebido en su aprobación y ejecución —el interés se concretó desde antes de la aprobación del aludido proyecto en la negociación con la empresa interesada, dato que se obtuvo de un correo electrónico que se encontraba en el archivo de la secretaria del imputado recurrente—.

C. La doctrina jurisprudencial que se pretende es que se concreten las reglas metodológicas de la prueba indiciaria, pues en el *sub-lite* medió una falta de justificación en la elección de la premisa menor —no se superó la exigencia del hecho a probar en el uso de ciertos indicios de intervención delictiva—.

Quinto. Que instruidas las partes de la admisión del recurso de nulidad, materia solución anterior, se profirió el decreto de fojas doscientos setenta y uno, de ocho de abril de dos mil dieciséis, que señaló fecha para la audiencia de n el día veintiocho de abril último.

Sexto. Que realizada la audiencia de casación con la intervención del abogado defensor del acusado, el señor Fiscal Adjunto Supremo y el abogado de la Procuraduría Pública Especializada en delitos de corrupción de funcionarios, según el acta adjunta, se celebró inmediatamente la deliberación de la causa en sesión secreta. Procedida, tras la deliberación, a la votación respectiva, corresponde dictar la sentencia casatoria pertinente, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Que, en principio, la motivación descansa tanto en la declaración de hechos probados cuanto en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas materiales que rigen tanto el injusto penal y la culpabilidad cuanto las reglas sobre la medición judicial de la pena, así como los criterios de imputación civil y quantum de la reparación civil. Es de distinguir, por tanto, entre motivación sobre los hechos y motivación sobre la aplicación del derecho.

Motivación fáctica y jurídica

No existe, pues, motivación en sí, sino aquella referida básicamente a un tipo legal, a sus exigencias normativas y al juicio de adecuación típica, entre otros. Los hechos que deben probarse, en un primer ámbito, son aquellos que exige la norma jurídico penal para estimar el hecho penalmente antijurídico y culpable.

Segundo. Que el delito objeto de acusación, enjuiciamiento y condena es el de "negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo", previsto y sancionado por el artículo 399º del Código Penal. Esta norma prevé como incurso en sus disposiciones al *"...funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo..."*.

Se trata de un delito especial propio que tutela la transparencia e imparcialidad de los funcionarios y servidores públicos en la toma de decisiones propias. El tipo legal exige como requisito típico, primero, el estatus formal de funcionario o servidor público, y, segundo, que la actuación realizada debe estar en razón al ejercicio de su cargo (relación funcionarial específica o ámbito de su competencia funcional). El agente público vulnera la imparcialidad en los contratos u operaciones en que interviene por razón de su cargo, lo que importa que desde la ley deba procurar el beneficio del Estado o ente público, antes que un beneficio particular, sea propio o para un tercero —no se atiende a la causa que impulsa la actuación torcida del funcionario—. Lo indebido se encuentra en esa orientación desviada al margen del interés de la generalidad, por lo que no se castiga la mera parcialización sino que su actuación produzca un provecho en favor de terceros o de él. El interesarse debe implicar que el agente público es al mismo tiempo interesado personalmente en el contrato y funcionario que interviene en él por razón de su cargo —se trata de un interés económico— [FONTÁN BALESTRA, Carlos: Tratado de Derecho Penal. Tomo VII, 2da. Edición, Abeledo guión Prelot, Buenos Aires, mil novecientos ochenta, página trescientos treinta y siete]; el interés tomado debe ser personal y de carácter pecuniario o económico. Es un delito de peligro concreto, no de daño o de resultado para la Administración Pública [DONNA, EDGARDO ALBERTO: *Delitos contra la Administración Pública*, 2da. Edición, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008, página 362].

Concepto de negociación incompatible

Tercero. Que, en el caso de autos, según la sentencia de vista, se arribó a una conclusión condenatoria a partir de prueba indirecta, circunstancial o indiciaría —no medió confesión o una declaración de un delator o colaborador que exprese haber sido testigo de actuaciones indebidas, interesadas, de funcionarios de Banmat en coordinación y para favorecí miento del Consorcio Los Alamos en orden al financiamiento solicitado y posteriormente obtenido por aquél—. Esto último implica que se estimó acreditados hechos circundantes al hecho principal o típico —los denominados "hechos indicadores, hechos-base o indicios"—, que a partir de una inferencia —sustentada en máximas de experiencia y/o

leyes de la lógica— se arribó al "hecho indicado o hecho consecuencia", constitutivo este último propiamente del tipo legal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo.

Cuarto. Que en clave de motivación debe recordarse:

A. Los Tribunales de Mérito, desde luego, tienen la facultad de valorar racionalmente las pruebas practicadas en el juicio —de primera instancia y de apelación, con los límites legalmente reconocidos en armonía con el principio procedimental de inmediación—, pero tienen el deber de razonar expresamente tal valoración en el propio texto de la sentencia, cumpliendo así el deber de motivación impuesto por el artículo 139º inciso 5 de la Constitución.

Naturaleza de la motivación de las resoluciones

B. Esa motivación constitucionalmente exigida ha de comprender necesariamente la mención expresa en el propio texto de la sentencia de los medios de prueba utilizados y el razonamiento sobre el valor de éstos a los efectos de considerar acreditados todos y cada uno de los extremos de la relación de hechos probados —siempre en relación con el delito atribuido—.

Exigencia de la motivación

C. La motivación fáctica de la sentencia, al hallarse íntimamente conectada con la presunción de inocencia, exige especial esfuerzo recapitulador y de síntesis del material probatorio. Debe razonarse el proceso de persuasión del Tribunal acerca de la culpabilidad del acusado, plasmando su razonamiento en la sentencia.

Motivación fáctica

Quinto. Que, en atención a la relación entre motivación fáctica y presunción de inocencia, es de acotar que el examen de esta última garantía importa un triple control: juicio sobre la prueba, juicio sobre la suficiencia y juicio sobre la motivación y su razonabilidad. La corrección de la prueba indiciaría se encuentra en el juicio sobre la suficiencia probatoria, mientras que la corrección de la motivación se encuentra en el juicio de razonabilidad.

Motivación fáctica y presunción de inocencia

En materia de prueba indiciaría, para que la conclusión incriminatoria pueda ser tenida por válida es preciso: **1.** Que los hechos indicadores o hechos-base sean varios y viertan sobre el hecho objeto de imputación o nuclear —deben estar, por lo demás, interrelacionados y ser convergentes: deben reforzarse entre sí y ser periféricos o concomitantes con el hecho a probar—. **2.** Que los indicios estén probatoriamente bien y definitivamente acreditados. **3.** Que la inferencia realizada a partir de aquéllos, por su suficiencia, sea racional, fundada en máximas de experiencia fiables —entre los hechos indicadores y su consecuencia, el hecho indicado, debe existir una armonía que descarte toda

irracionalidad de modo que la deducción pueda considerarse lógica: el enlace ha de ser preciso y directo—. **4.** Que cuente con motivación suficiente, en cuya virtud el órgano jurisdiccional deberá expresar en la motivación los grandes hitos o líneas que lo condujeron a la deducción conforme al artículo 158º apartado 3 del Nuevo Código Procesal Penal —tiene que exteriorizar los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explicite el razonamiento o engarce lógico entre el hecho base y el hecho consecuencia y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de experiencia común o en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes (STCE ciento veinticuatro diagonal dos mil uno, de cuatro de junio)—.

Validez de la conclusión incriminatoria de la prueba indiciaria

A final de cuentas, la deducción realizada por el tribunal sentenciador debe implicar un raciocinio lógico e inteligible que a través de varios indicios objetivos sobre hechos no delictivos —datos objetivos fiables—, permite llegar al hecho consecuencia ya conculcador del precepto penal (STSE de quince de abril de mil novecientos noventa y siete).

En la conformación del análisis integral para la configuración de la prueba indiciada, desde luego, no puede dejarse de tener presente lo que se entiende como "prueba en contrario" y "contraprueba". En este último supuesto se ubica el contraindicio, que es la contraprueba indirecta, y que consiste en la prueba de algún hecho con el que se trata de desvirtuar la realidad de un hecho indiciario, al resultar incompatibles tales hechos entre sí o al cuestionar aquel hecho la realidad de éste, debilitando su fuerza probatoria [CLIMENT DURAN, CARLOS: *La prueba penal*, 2da. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, dos mil cinco, páginas novecientos treinta y siete guión novecientos cuarenta y uno].

El contraindicio

A los efectos del presente caso, y del motivo de casación aceptado, es especialmente importante tanto el sub-punto tercero como el cuarto.

Sexto. Que, sobre este punto, la sentencia de vista apreció que el interés indebido de Del Solar Portal y Aparicio Mosselli se produjo cuando se interesaron en el Proyecto Los Álamos de forma previa a la presentación del Proyecto en el Banmat, ocurrida el día trece de mayo de dos mil cinco. De esta manera, según el Tribunal Superior, indebidamente permitieron que el Proyecto "Los Álamos" usara el logotipo del Banmat en su material impreso de promoción como entidad financista, así como el logotipo del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, lo que tuvo lugar el día veintiuno de marzo de dos mil cinco. Igualmente, el interés indebido se expresó en el hecho de que, a través del Gerente de Inversiones y Colocaciones, Roberto Mc Farlane Vidal, se convocó

El interés indebido en el caso *sub lite*

al Comité de Colocaciones para evaluar y aprobar, el día veintiocho de junio de dos mil cinco, la solicitud de financiamiento planteada por la empresa Consorcio Los Álamos.

El interés indebido se articuló desde antes que el proyecto ingresó a la Mesa de Partes de Banmat, el trece de mayo de dos mil cinco. Además, en un primer momento Banmat, cuyo objetivo institucional era otorgar créditos bajo la modalidad de construcción de viviendas a personas de escasos recursos a promotores privados, tenía establecido que los promotores debían ser propietarios del terreno donde se iba a realizar el proyecto de construcción de viviendas (Procedimiento P guión cero cero tres guión cero tres diagonal GT) —el acuerdo del Directorio de Banmat número veintiocho guión cero cinco guión cero dos de diecinueve de marzo de dos mil dos, así lo establecía—. Esa condición, empero, se modificó el cuatro de abril de dos mil cinco para que Banmat también financie al promotor la adquisición del terreno —el inicio del procedimiento de modificación tuvo lugar el seis de enero de dos mil cinco cuando Del Solar Portal solicitó la modificación de las condiciones generales para el otorgamiento de financiamiento por Banmat—.

Séptimo. Que los hechos indiciarios, indicadores o base, respecto de los cuales no existe controversia, son: **1.** La autorización para figurar el logo de Banmat y del Ministerio de Vivienda en los folletos y comunicaciones de difusión y propaganda del Consorcio Los Álamos, antes de la aprobación del financiamiento del proyecto de viviendas. **2.** El cambio del procedimiento para autorizar el financiamiento del terreno materia del proyecto de construcción de viviendas, citación para la reunión del Comité de Colocaciones en un mismo día, en el que también se aprobó el proyecto en cuestión.

Los hechos indiciarios

A partir de estos hechos se entendió que medió un interés indebido en provecho del Consorcio Los Álamos para otorgarle la aprobación de su proyecto de construcción de viviendas. Se aplicó máximas de experiencia, generales o comunes, en cuya virtud si se realizan conductas de coordinación o, en todo caso, de concertación con los promotores antes de la presentación formal de un proyecto de financiamiento, variando el procedimiento de otorgamiento de créditos y autorizando la utilización de logos oficiales para la difusión del proyecto, su carácter indebido resulta manifiesto.

Las máximas de la experiencia

El tema en debate es entonces, primero, ¿son esos todos los indicios terminantes para una tal conclusión incriminatoria?; y, segundo, ¿son esas las máximas de experiencia a las que debió acudir?

Octavo. Que, al respecto, es importante tener presente que la sentencia de primera instancia estableció que no se probó: **1.** Que el imputado Aparicio Mosselli ordenara la modificación del Procedimiento P guión cero cero tres guión cero tres guión GT para incluir en él la posibilidad de financiamiento del terreno en proyectos inmobiliarios. **2.** Que dicho encausado se interesó directamente en la aprobación por el Comité de Colocaciones del proyecto inmobiliario del Consorcio Los Álamos, obviando el cumplimiento de una serie de requisitos previos. **3.** Que el referido acusado se interesó directamente en firmar las adendas uno, dos y tres del Convenio de Financiamiento entre el Banmat y el Consorcio Los Álamos.

El fallo de primera instancia solo resaltó las gestiones previas a la aprobación del proyecto, incluso antes de la presentación formal de la solicitud de financiamiento, las que estimaron indebidas y significativas de una negociación incompatible con la imparcialidad y objetividad en la actuación de un funcionario público.

Noveno. Que, sobre el particular, es de subrayar algunos puntos relevantes, de cara al análisis indiciario. **1.** Que el Acuerdo del Directorio de Banmat número veintidós guión cero dos, de diez de diciembre de dos mil dos, se suprimió la obligación del promotor de entregar como aporte inicial el terreno, de modo que —aun cuando sobre su interpretación existen declaraciones variadas de varios de los Directores [fundamentos cuarenta y uno y cuarenta y nueve de la sentencia de primera instancia]—. **2.** Que la fecha de presentación del Proyecto de Vivienda Los Álamos fue el trece de mayo de dos mil cinco y éste se aprobó en la sesión del Comité de Colocaciones el veintiocho de junio de dos mil cinco, aunque es verdad que la orden de agendarlo para la sesión del Comité, la realización de la sesión del Comité y la aprobación ocurrió en un mismo día: veintiocho de junio de dos mil cinco —aunque el convenio se firmó el once de julio de dos mil cinco—. **3.** Que los pasos para modificar el Procedimiento del "Programa de Vivienda Básica a través de Promotor Inmobiliario" se iniciaron el seis de enero de dos mil cinco y culminaron con la efectiva reforma el cuatro de abril de dos mil cinco —antes de la fecha de presentación formal del Proyecto de Vivienda Los Álamos (trece de mayo de dos mil cinco)—, aunque con anterioridad a la intervención del Banmat en la celebración del acuerdo preparatorio de compromiso de compra venta del terreno donde se realizaría el Proyecto de Vivienda —celebrado el día uno de marzo de dos mil cinco—. **4.** Que la autorización para la utilización del logo institucional se produjo el veintiuno de marzo de dos mil cinco, después de la celebración del acuerdo preparatorio con los Bancos de

Crédito y Financiero y antes de la presentación formal del Proyecto por parte de Consorcio Los Álamos ante el Banmat.

Décimo. Que, ahora bien, es de precisar que en materia de hechos declarados probados y no probados en primera instancia, si la sentencia no es absolutoria y no observa o cuestiona sus términos el Ministerio Público, no cabe al Tribunal de Apelación declarar probados hechos que fueron excluidos del *factum* condenatorio por el Tribunal de Primera Instancia. El juicio histórico del fallo condenatorio recurrido, salvo observaciones puntuales de la Fiscalía actuante en ese grado, o de error patente, de mero carácter material, o que revelen ambigüedad o contradicción interna evidente, del órgano jurisdiccional en el relato fáctico, no puede ser ampliado en lo esencial para incorporar lo que el Tribunal de Primera Instancia excluyó desde la *questio facti*.

Principio de congruencia procesal

De procederse en sentido contrario, la sentencia de vista sería *extrapetita* y violaría el principio de congruencia procesal.

Por ende, debe estarse a lo señalado en el fundamento jurídico séptimo.

Décimo primero. Que si lo relativo a la modificación del procedimiento de actuación de los órganos ejecutivos del Banmat no puede ser atribuido a un acto de interés irregular o incompatible, tanto más si el Directorio no tenía prohibida tal posibilidad —que el financiamiento del Proyecto incluya la adquisición del terreno— desde mucho antes, a fines de dos mil dos [fundamento jurídico octavo, punto uno]. Además, si no se interesó en la citación del Comité de Colocaciones para la aprobación del Proyecto del Consorcio Los Álamos, resulta notoriamente insuficiente poder deducir, sin fisuras ni lagunas fácticas —presencia de otros indicios alrededor del hecho indicado—, que se perpetró una negociación incompatible.

Insuficiencia de indicios

De otro lado, el Procedimiento del Banmat exigía por parte del promotor privado la presentación de la solicitud de financiamiento con el cumplimiento de los requisitos fijados; y, para su concreción —tratándose de una entidad financiera—, era obvio reuniones previas y coordinaciones constantes entre el promotor y los responsables del Banmat, precisamente para garantizar que los documentos solicitados no presenten omisiones y contengan todas las pautas legal y financieramente exigibles. Por lo demás, si era del caso financiar la adquisición del terreno, el vendedor —dueño del bien— debía asegurar el pago y el Banmat tener firme que ese terreno se utilizaría para el proyecto y que estaba garantizada la operación de compra-venta.

Es de resaltar que no puede calificarse de "inusual" lo concerniente a la aprobación del proyecto de financiamiento presentado Consorcio

Los Álamos. El análisis de ese punto requiere tener presente *(i)* que la documentación técnica se había completado y que la solicitud se presentó cuarenta días antes; *(ii)* que es pauta regular en órganos colegiados cuando se agenda un punto resolverlo en ese momento si tiene consistencia en los informes técnicos correspondientes —nada de eso se declaró probado que no existía—, y *(iii)* que, luego, el convenio se firmó trece días después. Si se afirma que fue inusual, entonces, esa afirmación sostenida desde un juicio de comparación de la actividad del Comité respecto de los tiempos utilizados requería de un fundamento probatorio específico. La regla de experiencia técnica estaba necesitada de prueba y esta prueba debía aportarla la acusación por imperio de la garantía de presunción de inocencia, lo que no hizo.

Reglas de la experiencia y necesidad de prueba

Décimo segundo. Que Banmat es, como quedó expuesto, una entidad financiera. El financiamiento de proyectos de vivienda tiene sus propias reglas y pautas de gestión; no se está, en estos casos, ante un proyecto de inversión pública o una licitación para la adquisición o venta de bienes o servicios por la Administración. El banco debía cumplir sus metas de colocaciones y financiar proyectos de vivienda de acuerdo a su objeto social. Los responsables del mismo debían procurar el interés de la institución y el cumplimiento de los fines públicos o de política social del Estado, luego, no toda reunión o entrevista, previa a la presentación formal de la documentación, puede tildarse de indebida. Lo será cuando vulnere sus disposiciones internas, no cuide la corrección de la documentación aportada por el promotor, se financien proyectos distintos de los fijados institucionalmente, se prefiera proyectos deficientes en desmedro de otros social y financieramente adecuados, se impongan condiciones de pago irrazonables, se opte por proyectos de personas vinculadas, etcétera. En el presente caso no se declaró probado que el convenio cuestionado fue financieramente inadecuado, que por falta de cuidado o por omisión dolosa se incorporó documentación falsa o deficiente o que no se incorporó la necesaria información o estudios técnicos para asegurar la viabilidad de la colocación de fondos, que la ejecución del convenio se interrumpió con perjuicio al Banmat y que éste quedase imposibilitado de recuperar su acreencia, que existió algún vínculo mercantil precedente entre los integrantes del Consorcio y los responsables del Banmat.

Décimo tercero. Que es verdad que se autorizó, con carácter previo, la utilización del logo institucional para la difusión de un proyecto de vivienda aún no aprobado, así como que, antes de formalizar el cambio del procedimiento de otorgamiento de financiamiento, mediaron reuniones previas con el Banco de Crédito y el Banco Financiero para

garantizar el financiamiento de la adquisición de terreno por parte de Consorcio Los Álamos.

Tales hechos, sin embargo, deben analizarse en el ámbito de la totalidad de gestiones realizadas entre el Consorcio y Banmat, de la naturaleza de la actividad financiera y de las exigencias para el financiamiento y de un proyecto de viviendas para personas de escasos recursos. Las máximas de experiencia son técnicas, no comunes, vinculadas al ámbito financiero.

No es, en sí mismo, irregular adelantar pasos antes de culminar el trámite de la concesión de un financiamiento. Cuando se autorizó la utilización del logo ya se contaba con el acuerdo preparatorio para la adquisición del terreno y, además, ese negocio se concretó en sus primeros pasos al aprobarse ulteriormente el financiamiento del proyecto del Consorcio. El aseguramiento del financiamiento del proyecto se produjo, en un primer paso firme, con el acuerdo preparatorio de compra venta del terreno. Examinar aisladamente ambos hechos excluyendo el contexto en que se produjeron y la naturaleza de la actividad bancaria, aun cuando del Estado, no permite definir la gravedad de los indicios exigibles e identificar la máxima de experiencia que debe utilizarse.

Décimo cuarto. Que, en consecuencia, los indicios no son lo plural y convergentes para dar por acreditados los cargos objeto de acusación, delimitados en por la sentencia de primera instancia, y las máximas de experiencia utilizadas no son las que debían aplicarse en supuestos de actividades financieras y del sector construcción. Existen, además, contraindicios no tenidos en cuenta y hechos que en segunda instancia se dieron por probados cuando en primera instancia se excluyeron por falta de pruebas. Todo ello hace que el juicio de culpabilidad no se corresponda con las exigencias normativas en materia de reglas de prueba penal en relación con los elementos del tipo legal de negociación incompatible. La motivación no es suficiente y el juicio de razonabilidad en orden a la inferencia no supera el baremo de lo constitucionalmente exigible para justificar que, en efecto, se enervó la presunción constitucional de inocencia.

Siendo así, la conclusión debe ser absolutoria y hacerlo sin reenvío —juicios rescindente y rescisorio—. Si las exigencias de la prueba indiciaria no se han cumplido procede la absolución, no la nulidad del fallo.

Décimo quinto. Que, en vista que el delito de negociación incompatible no ha sido acreditado más allá de toda duda razonable, la absolución no solo corresponde a uno de los imputados: al recurrente Aparicio Nosselli, sino también a su coimputado Del Solar Portal y al titular, como cómplice primario, del Consorcio Los Álamos, encausado

Izaguirre Uribe. Los tres están en la misma situación jurídica en relación al hecho acusado.

El efecto extensivo en lo favorable del recurso de casación para los encausados no recurrentes —o, por extensión, cuyo recurso fue desestimado por razones formales— se encuentra contemplado en el artículo 408º numeral 1 del Nuevo Código Procesal Penal.

DECISIÓN

Por estas razones:

I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el encausado Jorge Ricardo Aparicio Nosselli de fojas quinientos cuarenta y siete, de veintiuno de julio de dos mil quince. En consecuencia: **CASARON** la sentencia de vista de fojas cuatrocientos sesenta y siete, de siete de julio de dos mil quince, en cuanto confirmando en un extremo y revocando la sentencia de primera instancia de fojas ciento cuarenta y tres, de trece de febrero de dos mil quince, lo condenó como autor del delito de negociación incompatible en agravio del Estado a dos años de pena privativa de libertad efectiva y cuatro años de inhabilitación, así como fijó en cien mil soles el pago solidario por concepto de reparación civil; con costas.

II. Actuando en sede de instancia: **REVOCARON** la sentencia apelada de fojas ciento cuarenta y tres, de trece de febrero de dos mil quince, que condenó al recurrente como autor del delito de negociación incompatible en agravio del Estado; con lo demás que contiene; reformándola: lo **ABSOLVIERON** de la acusación fiscal formulada en su contra por el referido delito en agravio del Estado. En tal virtud, **ORDENARON** se archive el proceso definitivamente en lo que él respecta, y se anulen sus antecedentes policiales y judiciales. **MANDARON** se proceda a su inmediata libertad, que se ejecutará siempre y cuando no exista mandato de detención o prisión preventiva emanado de autoridad competente; oficiándose.

III. EXTENDIERON los efectos de esta decisión a los encausados Raúl Emilio del Solar Portal y Luis Felipe Izaguirre Uribe, condenados por delito de negociación incompatible en agravio del Estado y les impuso al primero cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de tres años, y cuatro años de inhabilitación, y al segundo y tres años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de dos años, y tres años de inhabilitación, así como fijó en cien mil soles el pago solidario por concept/b de reparación civil. En consecuencia: los **ABSOLVIERON** de la acusación fiscal formulada contra ellos, al primero por autoría y al segundo por complicidad primaria, por delito de negociación incompatible en agravio del Estado. **DECRETARON** se archive el proceso definitivamente en lo que a ellos concierne, y se anulen sus antecedentes policiales y judiciales.

IV. DISPUSIERON se remita la causa al Tribunal Superior para los fines legales correspondientes y se levanten las medidas de coerción dictadas en su contra. Hágase saber a las partes personadas en esta sede suprema. Intervienen los señores jueces supremos José Antonio Neyra Flores y César Hinostroza Pariachi por licencia de los señores jueces supremos Víctor Prado Saldarriaga y Jorge Luis Salas Arenas, respectivamente.

S.S. SAN MARTÍN CASTRO /BARRIOS ALVARADO /HINOSTROZA PARIACHI /PRÍNCIPE TRUJILLO /NEYRA FLORES

Lima, cinco de mayo de dos mil dieciséis

AUTOS y VISTOS: conforme a la fecha de vista programada y la lectura de sentencia. **CONSIDERANDO: Único**. Que, este Supremo Colegiado emitió la ejecutoria suprema de fecha cinco de mayo de dos mil dieciséis, de la cual se advierte que por error material no se consignó correctamente el apellido materno del recurrente. En ese sentido, teniendo las facultades que tienen los jueces de completar e integrar las resoluciones judiciales, como lo dispone el artículo 298, segundo párrafo del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número 126, en concordancia con el artículo 172 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente al Proceso Penal, conforme lo establece su Primera Disposición Final: **ACLARARON** la sentencia casatoria respecto al apellido materno del encausado siendo lo correcto JORGE RICARDO APARICIO MOSSELLI —y no como erróneamente se ha consignado en dicha sentencia casatoria "NOSELU"—, en el proceso seguido en su contra por delito de negociación incompatible en agravio del Estado. **MANDARON** que la presente resolución sea parte integrante de la mencionada Ejecutoria Suprema. **Hágase saber** y archívese.

S.S. SAN MARTÍN CASTRO /BARRIOS ALVARADO /HINOSTROZA PARIACHI /PRÍNCIPE TRUJILLO /NEYRA FLORES

II.
LA BÚSQUEDA DE PRUEBA Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS

1.
CASACIÓN N.º 63-2011 -HUAURA
LA INAPLICABILIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE CADENA DE CUSTODIA EN LOS DELITOS DE ACCIÓN PRIVADA

Casación	**N.º 63-2011-Huaura**
Fecha:	24.04.2012
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponente	José Antonio Neyra Flores
Tema	La inaplicabilidad del procedimiento de cadena de custodia en los delitos de acción privada.
Doctrina jurisprudencial	ff. jj. n.ºs 9-11
Concordancia	Código Procesal Penal: art. 220.2 Reglamento de la Cadena de Custodia de Elementos Materiales, Evidencias y Administración de Bienes Incautados

SUMILLA:

9) Habiéndose establecido en la presente Ejecutoria, que la normatividad procesal penal y Reglamento [...] de dos mil seis, referida a la cadena de custodia, sólo es aplicable a procesos por delitos de ejercicio público de la acción penal, mas no a los procesos por delito de ejercicio privado de la acción penal, [...] y en el proceso de querella que nos ocupa no se ha vulnerado garantías constitucionales de carácter procesal o material referida a la incorporación al proceso como prueba documental del video ofrecido por la parte querellante.

11) La debida motivación de las resoluciones judiciales a que hace referencia nuestra Constitución Política, no sólo está referida a la fundamentación fáctica y jurídica que debe realizarse en una sentencia judicial de índole penal para efectos de acreditar la responsabilidad penal o no de determinado encausado por la comisión de un delito imputado, sino que también debe realizarse la misma fundamentación respecto a la sanción penal y consecuencias civiles en caso de sentencia condenatoria.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 63-2011
HUAURA

SENTENCIA CASATORIA

Lima, veinticuatro de abril de dos mil doce

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial por la presunta inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal y falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor interpuesto por el encausado Jaime Cirilo Uribe Ochoa contra la sentencia de vista de fecha doce de julio de dos mil diez, obrante a fojas ciento ochenta y siete, que en mayoría confirmó la sentencia de fecha treinta de marzo de dos mil diez, que lo condenó por el delito contra el Honor, en la modalidad de difamación, en agravio de Ana Aurora Kobayashi Kobayashi de Muroya, a un año de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el período de prueba de seis meses, bajo determinadas reglas de conducta, y fijó en cinco mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la agraviada, con lo demás que contiene; interviene como ponente el señor Juez Supremo José Antonio Neyra Flores.

ANTECEDENTES

Primero. Que, Ana Aurora Kobayashi Kobayashi de Muroya interpuso querella contra Jaime Cirilo Uribe Ochoa por el delito contra el Honor, en la modalidad de difamación mediante medio de comunicación social conforme se advierte del escrito recepcionado por el Órgano Jurisdiccional respectivo con fecha veintidós de febrero de dos mil ocho, obrante en copia certificada a fojas seis.

Segundo. Que, por resolución de fecha dieciocho de abril de dos mil ocho, obrante en copia certificada a fojas trece, el Juzgado Penal Unipersonal de Huaral, resolvió admitir la querella interpuesta contra Jaime Cirilo Uribe Ochoa por el delito contra el Honor, en la modalidad de difamación —previsto en el artículo ciento treinta y dos del Código Penal—, en agravio de Ana Aurora Kobayashi Kobayashi de Muroya, dándosele el trámite correspondiente.

Tercero. Que, mediante sentencia de fecha quince de octubre de dos mil ocho, obrante en copia certificada a fojas veinticuatro, se falló: absolviendo a Jaime Cirilo Uribe Ochoa por el delito contra el Honor, en la modalidad de difamación agravada, en agravio de Ana Aurora Kobayashi Kobayashi de Muroya.

Cuarto. Que, a mérito de la sentencia de vista de fecha siete de enero de dos mil nueve, obrante en copia certificada a fojas treinta y siete, se resolvió declarar Nula la sentencia de fecha quince de octubre de dos mil ocho, disponiéndose la realización de un nuevo Juicio oral a cargo de otro Magistrado.

Quinto. Que, por resolución de fecha trece de marzo de dos mil nueve, obrante en copia certificada a fojas cuarenta y dos, el Juzgado Penal Unipersonal Transitorio

de Huaral, resuelve citar a Juicio oral a las partes procesales, luego de lo cual se realizaron las correspondientes sesiones del Juicio oral.

Sexto. Que, mediante sentencia de fecha seis de mayo de dos mil nueve, obrante en copia certificada a fojas sesenta y dos, se resolvió absolver a Jaime Cirilo Uribe Ochoa. por el delito contra el Honor, en la modalidad de difamación, en agravio de Ana Aurora Kobayashi Kobayashi de Muroya; y condenó al querellado Jaime Cirilo Uribe Ochoa al pago por responsabilidad civil de cuatro mil novecientos nuevos soles a favor de la querellante Ana Aurora Kobayashi Kobayashi de Muroya, sin perjuicio de formular las disculpas de los términos utilizados contra la referida Regidora —querellante por el mismo medio televisivo—; asimismo deberá proceder a efectuar las disculpas públicas en el primer acto público que desarrolle en su calidad de Alcalde de la Provincia de Huaral.

Sétimo. Que a mérito de la sentencia de vista de fecha veintisiete de agosto de dos mil nueve, obrante en copia certificada a fojas noventa y nueve, se resolvió declarar Nula la sentencia de fecha seis de mayo de dos mil nueve, ordenándose la realización de un nuevo Juicio oral.

Octavo. Que por resolución de fecha trece de noviembre de dos mil nueve, obrante en copia certificada a fojas ciento dos, el Segundo Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Huaura, resuelve citar a Juicio oral a las partes procesales, luego de lo cual se realizaron las correspondientes sesiones del Juicio oral.

Noveno. Que, mediante sentencia de fecha treinta de marzo de dos mil diez, obrante a fojas ciento diez, se falló: condenando a Jaime Cirilo Uribe Ochoa, como autor del delito contra el Honor en la modalidad de difamación, en agravio de Ana Aurora Kobayashi Kobayashi de Muroya, a un año de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el período de prueba de seis meses, bajo determinadas reglas de conducta, y fijó en cinco mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar a favor de la agraviada.

Décimo. Que, por sentencia de vista de fecha doce de julio de dos mil diez, obrante a fojas ciento ochenta y siete, se resuelve confirmar la sentencia de fecha treinta de marzo de dos mil diez, por unanimidad en los extremos que condenó a Jaime Cirilo Uribe Ochoa, por el delito contra el Honor, en la modalidad de difamación, en agravio de Ana Aurora Kobayashi Kobayashi de Muroya, y fijó en cinco mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar a favor de la agraviada; y por mayoría el extremo que le impone un año de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el período de prueba de seis meses, bajo determinadas reglas de conducta.

Décimo primero. Que, el sentenciado Jaime Cirilo Uribe Ochoa interpuso recurso de casación contra la sentencia de vista de fecha doce de julio de dos mil diez —ver

fojas doscientos tres—, el mismo que fue declarado improcedente por resolución de fecha dieciocho de agosto de dos mil diez, obrante a fojas doscientos diecinueve.

Décimo segundo. Que, por resoluciones de fechas veintidós de setiembre y diecisiete de diciembre de dos mil diez, obrantes a fojas doscientos veintisiete y doscientos treinta y siete, respectivamente, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, por mayoría declaró fundado el recurso de queja de derecho interpuesto por el encausado Jaime Cirilo Uribe Ochoa contra la resolución de fecha dieciocho de agosto de dos mil diez, que declaró improcedente su recurso de casación; habiéndose elevado el cuaderno correspondiente a este Supremo Tribunal el dieciséis de marzo de dos mil once.

Décimo tercero. Que, cumplido el trámite de traslados a los sujetos procesales por el plazo de diez días, se emitió la Ejecutoria Suprema de calificación de casación de fecha cuatro de octubre de dos mil once, que declaró bien concedido el recurso de casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, conforme al inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, por las causales de presunta inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material y por falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor, previstas en los incisos uno y cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del referido Texto legal, respectivamente.

Décimo cuarto. Que, producida la audiencia de casación, deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, corresponde pronunciar la presente sentencia casatoria que se leerá en audiencia pública —con las partes que asistan—, conforme a la concordancia de los artículos cuatrocientos treinta y uno, apartado cuatro, y artículo cuatrocientos veinticinco, inciso cuatro del Código Procesal Penal, el día tres de mayo de dos mil doce a horas ocho y cuarenta y cinco de la mañana.

CONSIDERANDOS

Primero. Que, conforme a la Ejecutoria Suprema de fecha cuatro de octubre de dos mil once —calificación de casación—, obrante a fojas ciento uno del cuadernillo formado en esta instancia, el motivo de casación admitido está referido al desarrollo de la doctrina jurisprudencial respecto a la cadena de custodia y las exigencias que plantea su invocación y si los criterios para su valoración incluirían la regla de exclusión en caso se vulneren los presupuestos establecidos en el Reglamento de la Cadena de Custodia de Elementos Materiales, Evidencias y Administración de Bienes Incautados, aprobado mediante resolución número 729-2006-MP-FN de fecha quince de junio de dos mil seis, tratándose de un proceso de ejercicio privado de la acción penal —como lo es la presente investigación judicial—, por la causal de inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal o

material, prevista en el inciso uno del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal; así como respecto a la debida motivación respecto a la determinación e individualización de la pena a imponer y el monto a fijar por concepto de reparación civil, por la causal de falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor, prevista en el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del aludido Texto procesal penal.

Segundo. Que, se le imputa concretamente al querellado Jaime Cirilo Uribe Ochoa —ex Alcalde de la Municipalidad Provincial de Huaral—, que a través del programa televisivo Cables Noticias Internacional de Chancay, emitido desde las veintiún horas con treinta minutos hasta las veintidós horas con treinta minutos del día veinticuatro de enero de dos mil ocho, en el medio televisivo del canal cuarenta y seis, TV Cable Internacional, habría vertido expresiones difamatorias en agravio de la querellante Ana Aurora Kobashi Kobashi de Muroya (Regidora de la Municipalidad Provincial de Huaral), entre otras la siguiente: "está proveyendo actualmente al PRONAA y está dando productos similares a los que dicen intoxican a los niños, si yo soy un maldito, pues ella será una recontra maldita porque está vendiéndole prácticamente a una gran parte del país".

Tercero. Que, el encausado recurrente al interponer su recurso de casación, obrante en copia certificada a fojas doscientos tres, alega lo siguiente: **i)** el procedimiento de cadena de custodia alcanza a toda cosa u objeto que ha de servir como medio de prueba en el Juicio oral, independientemente de su forma de obtención; en el presente caso, la grabación del audio y video presentado por la querellante fue ofrecido por ella misma, sin que se diera la cadena de custodia, no habiéndose logrado su autenticación, por consiguiente, debió haber tenido un nivel de inadmisibilidad o de exclusión que no cumplió el Juez de Fallo, ni la Sala de Apelaciones, debido a que dicha prueba vulnera sus derechos fundamentales; **ii)** en el presente caso se presentó la evidencia física (video) sin ninguna acta de aseguramiento, ni confiabilidad, que demuestre que sea él mismo que supuestamente se filmó el día de los hechos investigados, siendo que dicha evidencia debió ser ingresada por un tercero (el que realizó la entrevista) quien debió presentar el Master y debió ser interrogado como Órgano de Prueba, permitiendo el derecho de contradicción, habida cuenta que la fuente de prueba que contiene el video tuvo que ser contradicha; precisa, que incluso la entrevista fue interna, esto es, no autorizó su difusión, por eso sostiene que si bien existe un video, ello no prueba que hubiese sido difundido lo cual no configuraría el delito de difamación mediante medios de comunicación

masiva, por consiguiente su introducción al proceso debió haber sido garantizado con una cadena de custodia desde la tenencia del bien por parte de la Televisora Telecable Internacional Canal cuarenta y seis de Chancay, cuyos representantes nunca autenticaron si el video en cuestión es el mismo que le fue realizado en la fecha de la entrevista interna y sin lugar a difusión; en consecuencia, la querellante ha incumplido la obligación que le impone la Ley al Fiscal respecto a la cadena de custodia, debido a que el inciso tres del artículo cuatrocientos sesenta y dos del Código Procesal Penal, establece que el querellante particular tendrá las facultades y obligaciones del Ministerio Público, sin perjuicio de poder ser interrogado; **iii)** la querellante no explicó de quién recibió el video, ni pudo presentar al que lo filmó, por tanto, se ha infringido un derecho fundamental de carácter procesal, esto es, el aseguramiento de la prueba y el derecho a controvertir la misma, sometiendo al interrogatorio o contrainterrogatorio al periodista respectivo, hecho que no se pudo realizar vulnerándose todos los procedimientos, lo cual no permite conceder adecuada tutela judicial, por consiguiente se ha incurrido en una nulidad de oficio, extremo sobre lo cual la Corte Suprema debe sentar el desarrollo de una adecuada doctrina jurisprudencial; **iv)** el nuevo procedimiento procesal penal implica no sólo la conservación de las especies que constituyen la evidencia hasta presentación en el Juicio, sino también la introducción de reglas claras, objetivas que garanticen la corrección de los procedimientos de su levantamiento, sellado, manejo y conservación hasta la referida etapa, y que consideren el factor responsabilidad de los funcionarios policiales que intervengan en ellos. Los procedimientos indebidos debieran acarrear como consecuencia la exclusión de esa evidencia del procedimiento o la privación de su valor probatorio, por falta de certeza sobre cualquier conclusión que pudiera derivarse de la misma, de lo que se trata es de entregar elementos al Juez para que en su razonamiento sobre la valoración de la prueba deseche la prueba rendida por la contraparte, en atención a su falta de veracidad, autenticidad o integridad; por consiguiente, en el presente caso, la valoración del video sin cadena de custodia, sin autenticación, sin contradicción, debió ser excluido como material probatorio, dado que es fácilmente susceptible de alteración, situación sobre lo cual debe pronunciarse la Corte Suprema para el desarrollo adecuado de la doctrina jurisprudencial en materia de cadena de custodia, de incorporación de evidencia física (audios, videos, grabaciones) en un proceso de querella; y **v)** en el presente proceso judicial no se motivó en lo absoluto respecto a la determinación e individualización de la pena, debido a que el Juez de primer grado no dijo nada, por tanto, existe ausencia de motivación que vulnera la garantía procesal contenida en

el inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución política del Estado; asimismo, la Sala de Apelaciones en mayoría pretendiendo justificar ello, sostiene que la pena es proporcional, pues es pena de carácter suspendida; sin embargo, en el voto en discordia de la Magistrado Caballero, opinó porque se le aplique la reserva del fallo condenatorio, motivando adecuadamente su decisión; de igual forma, respecto al monto de cinco mil nuevos soles fijado por concepto de reparación civil, el Juez no fundamentó por qué arribó a dicha decisión, lo cual ha sido confirmado por la Sala de Apelaciones, por lo cual, en este extremo nuevamente se incurre en la vulneración de la garantía constitucional de la motivación de las resoluciones judiciales. De otro lado, indica que se le impuso una pena suspendida con un período de prueba de seis meses, pese a que conforme a lo dispuesto en la parte final del artículo cincuenta y siete del Código Penal, el período de prueba es de un año lo cual hace notar para que se aprecie como es que se administra justicia en determinados Órganos Jurisdiccionales.

Cuarto. Que, el Código Procesal Penal, en su Libro Segundo (La Actividad Procesal), Sección II, Título III, Capítulo VI, Sub Capítulo I (La Exhibición e Incautación de Bienes), en su artículo doscientos veinte, inciso dos, establece lo siguiente: "Los bienes objeto de incautación deben ser registrados con exactitud y debidamente individualizados, estableciéndose los mecanismos de seguridad para evitar confusiones o alteración de su estado original; igualmente se debe identificar al funcionario o persona que asume la responsabilidad o custodia del material incautado. De la ejecución de la medida se debe levantar un acta, que será firmada por los participantes en el acto. Corresponde al Fiscal determinar con precisión las condiciones y las personas que intervienen en la recolección, envío, manejo, análisis y conservación de lo incautado, asimismo, los cambios hechos en ellos por cada custodio"; precisándose en su inciso cinco que "la Fiscalía de la Nación, a fin de garantizar la autenticidad de lo incautado, dictará el Reglamento correspondiente a fin de normar el diseño y control de la cadena de custodia, así como el procedimiento de seguridad y conservación de los bienes incautados", a lo cual se dio cumplimiento con la elaboración del "Reglamento de la Cadena de Custodia de Elementos Materiales, Evidencias y Administración de Bienes Incautados", aprobado mediante Resolución N.º 729-2006-MP-FN de fecha quince de junio de dos mil seis, que establece lo siguiente: "Artículo 1. Objeto. El presente Reglamento regula el procedimiento de la cadena de custodia de los elementos materiales y evidencias incorporados a la investigación de un hecho punible. Asimismo, regula los procedimientos de seguridad y conservación de los bienes incautados, según su naturaleza.

Artículo 2. Finalidad. Establecer y unificar procedimientos básicos y responsabilidades de los representantes del Ministerio Público y funcionarios, a efecto de garantizar la autenticidad y conservación de los elementos materiales y evidencias incorporadas en toda investigación de un hecho punible, auxiliado por las ciencias forenses, la criminalística, entre otras disciplinas y técnicas que sirvan a la investigación criminal. Además unificar los lineamientos generales de seguridad y conservación de los bienes incautados. Artículo 3. Ámbito y alcance. Las normas contenidas en el presente Reglamento son de aplicación progresiva en todo el territorio nacional y de obligatorio cumplimiento para los señores Fiscales, funcionarios y servidores del Ministerio Público [...] Artículo 7. Concepto de la Cadena de Custodia de los Elementos Materiales y Evidencias. La Cadena de Custodia es el procedimiento destinado a garantizar la individualización, seguridad y preservación de los elementos materiales y evidencias, recolectadas de acuerdo a su naturaleza o incorporados en toda investigación de un hecho punible, destinados a garantizar su autenticidad, para los efectos del proceso (definiéndose en el artículo cinco, que los Elementos materiales y evidencias, son objetos que permiten conocer la comisión de un hecho punible y atribuirlos a un presunto responsable en una investigación y proceso penal) [...]. Artículo 16. Custodia y Administración de Bienes Incautados. En caso de efectuarse una diligencia relacionada a la investigación de un hecho ilícito en la que se encuentren bienes que ameriten ser incautados, se procederá a asegurarlos o inmovilizarlos, designando provisionalmente al responsable de la custodia, dando cuenta al Juez para su aprobación y conversión a las medidas que fueran necesarias (definiéndose en el artículo seis, que los bienes incautados son los efectos y ganancias provenientes del delito, así como los instrumentos que sirvieron para perpetrarlo, objeto de una medida judicial o excepcionalmente fiscal durante la investigación) [...]".

Reglamento de la cadena de custodia

Quinto. Que, conforme a lo anotado en el considerando anterior, el procedimiento de Cadena de Custodia se encuentra regulado en el Código Procesal Penal —Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y siete— y el Reglamento aprobado por Resolución N.º 729-2006-MP-FN de fecha quince de junio de dos mil seis, el cual está destinado a unificar procedimientos básicos y responsabilidades del representante del Ministerio Público y funcionarios, a efectos de garantizar la autenticidad y conservación de los elementos materiales y evidencias incorporados en toda investigación de un hecho punible (auxiliados por las ciencias forenses, la Criminalística entre otras disciplinas y técnicas), además de la seguridad y conservación de los bienes incautados; lo cual es evidente que sólo es aplicable a un proceso

Regulación del procedimiento de cadena de custodia

por delito de ejercicio público de la acción penal (donde el representante del Ministerio Público —Titular de la acción penal— interviene como Director de la investigación preliminar, cuya finalidad inmediata es realizar los actos urgentes o inaplazables destinados a asegurar los elementos materiales de la comisión de un hecho delictuoso, entre otros, conforme al artículo trescientos treinta del Código Procesal Penal; mientras que el Juez en un rol diferenciado está a cargo del Juzgamiento y el control de legalidad de los actos de investigación del Ministerio Público), más no resulta aplicable a un proceso por delito de ejercicio privado de la acción penal (querella), que tiene su propia regulación especial en el Libro Quinto, Título III, Sección IV del Código Procesal Penal - Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y siete —artículos cuatrocientos cincuenta y nueve al cuatrocientos sesenta y siete—, (donde no interviene el Ministerio Público y se acepta de manera excepcional y en casos puntuales, que el Juez Penal ordene a la Policía Nacional la realización de una investigación preliminar, quien a su vez emitirá un informe policial dando cuenta de los resultados).

Finalidad de la cadena de custodia

Excepción a la aplicación de la cadena de custodia

Sexto. Que, debe indicarse que el encausado recurrente alega en su recurso de casación, que en los procesos penales por delito de ejercicio privado de la acción penal, el querellante tiene las mismas facultades y obligaciones del Ministerio Público respecto a la cadena de custodia, conforme a lo previsto en el inciso tres del artículo cuatrocientos sesenta y dos del Código Procesal Penal; al respecto debe indicarse, que dicha norma procesal penal establece lo siguiente: "instalada la audiencia se instará a las partes en sesión privada, o que concilien y logren un acuerdo. Si no es posible la conciliación, sin perjuicio de dejar constancia en el acta de las razones de su no aceptación, continuará la audiencia en acto público siguiendo en lo pertinente las reglas del Juicio Oral. El querellante particular tendrá las facultades y obligaciones del Ministerio Público, sin perjuicio de poder ser interrogado"; en consecuencia, resulta claro que dicha norma procesal sólo otorga al querellante particular las facultades y obligaciones que tiene el Ministerio Público en el desarrollo del Juicio oral; sin perjuicio de indicar que las demás facultades de aquél se encuentran reguladas expresamente en el artículo ciento nueve del Código Procesal Penal.

Obligaciones del querellante

Sétimo. Que, sin perjuicio de lo anotado, debe indicarse que en los delitos de ejercicio privado de la acción penal (querella), se debe respetar las garantías constitucionales de carácter procesal material (debido proceso, derecho de defensa contradicción, entre otras) respecto a las pruebas ofrecidas tanto por parte del querellante como del querellado; debiendo indicarse al respecto que en el Libro Segundo, Sección II,

Título II, Capítulo V del Código Procesal Penal —artículos ciento ochenta y cuatro a ciento ochenta y ocho—, se regula lo relativo a la incorporación al proceso de la prueba documental, clases de documentos, reconocimiento de documento, traducción, transcripción y visualización de documentos, entre otros, de donde se advierte que se considera como prueba documental, entre otros, las grabaciones magnetofónicas y medios que contienen registros de sucesos, imágenes, voces, debiéndose ordenar cuando sea necesario, el reconocimiento del documento, por su autor o por quien resulte identificado según su voz imagen, huella, señal u otro medio, así como por aquél que efectuó el registro; asimismo se establece que cuando el documento consista en una cinta de video, se ordenará su visualización y su transcripción en un acta, con intervención de las partes; reglas que son de aplicación a los procesos por delito de ejercicio privado de la acción penal por no ser incompatibles con su naturaleza.

Validez de la prueba en el proceso de querella

Incorporación de la prueba documental

Octavo. Que, siendo ello así no se advierte que en el presente caso, se hallan vulnerado garantías constitucionales de carácter procesal o material para incorporar al proceso como prueba documental el video que la querellante ofreció como medio de prueba en su escrito de querella que registra las frases difamatorias que le infirió el querellado con el programa televisivo Cables Noticias Internacional de Chancay, emitido desde las veintiún horas con treinta minutos hasta las veintidós horas con treinta minutos del día veinticuatro de enero de dos mil ocho, en el medio televisivo del canal cuarenta y seis, TV Cable Internacional debido a que el querellado no contestó la demanda de querella ni cuestionó en su oportunidad la referida prueba, más aún, si se cumplió con visualizar dicho documento en presencia de las partes procesales en el Juicio oral cuyo contenido visualizado fue reconocido incluso por el propio querellado, conforme se advierte del acta de la sesión del veinticinco de marzo de dos mil diez, obrante a fojas ciento seis.

Estudio a la conducta del querellado

Noveno. Que, en consecuencia, habiéndose establecido en la presente Ejecutoria, que la normatividad procesal penal y Reglamento aprobado por Resolución N.º 729-2006-MP-FN de fecha quince de junio de dos mil seis, referida a la cadena de custodia, sólo es aplicable a procesos por delitos de ejercicio público de la acción penal, mas no a los procesos por delito de ejercicio privado de la acción penal, y no advirtiéndose que en el proceso de querella que nos ocupa se haya vulnerado garantías constitucionales de carácter procesal o material referida a la incorporación al proceso como prueba documental del video ofrecido por la parte querellante en su escrito de querella, este Supremo Tribunal concluye, que no es amparable la causal invocada por

Competencia de la cadena de custodia

el encausado recurrente en su recurso de casación, prevista en el inciso uno del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal; sin perjuicio de indicar que este Supremo Tribunal en la resolución de un recurso extraordinario de casación, sólo está facultado para realizar pronunciamiento de fondo respecto a la responsabilidad penal o no de un imputado, en la medida que se haya presentado en un caso concreto, algunas de las causales previstas en el artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, lo cual no sucede en el caso sub examine.

Décimo. Que, en cuanto al extremo de la debida motivación de las reglas de determinación e individualización de la pena y del monto a fijar por concepto de reparación civil en una sentencia judicial, debe dedicarse lo siguiente: **i)** el inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, establece como uno de los principios de la función jurisdiccional "la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan" **ii)** el Tribunal Constitucional mediante sentencia de fecha catorce de noviembre de dos mil cinco, recaída en el expediente ocho mil ciento veintitrés - dos mil cinco-PHC/TC (Caso: Nelson Jacob Gurman), ha establecido que "[...] la necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, un derecho constitucional de los justiciables. Mediante ella [...] se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes [...] y [...] que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa"; agregando que uno de los contenidos esenciales del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos; mientras que en la sentencia de fecha trece de octubre de dos mil ocho, recaída en el expediente setecientos veintiocho-dos mil ocho-HC/TC (Caso: Giuliana Flor de María Llamoja Hilares) se indica que "El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso", estableciendo además los supuestos que deben tenerse en consideración para una debida motivación de las resoluciones judiciales; y **iii)** el Título III, Capítulo II del Código Penal, establece expresamente los criterios que debe tener el Juez para determinar e individualizar la pena aplicable al agente responsable de la comisión de un delito; de igual forma el

Título VI, Capítulo I del Código Penal, regula el tema relacionado a la reparación civil y consecuencias accesorias, indicándose entre otras cosas, que la reparación civil se determina conjuntamente con la pena, y que la reparación comprende, la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y la indemnización de los daños y perjuicios; y **iv)** mediante, Resolución Administrativa N.º 311-2011-P-PJ de fecha uno de setiembre de dos mil once, emitida por el Presidente del Poder Judicial, se dictaron líneas directrices para la correcta determinación judicial de la pena, en base a los fundamentos jurídicos siete, ocho y nueve del Acuerdo Plenario número uno - dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis, de fecha dieciocho de julio de dos mil ocho.

La reparación civil y determinación de la pena

Décimo primero. Que, atendiendo a la normatividad anotada en el considerando anterior, debe indicarse que la debida motivación de las resoluciones judiciales a que hace referencia nuestra Constitución Política, no sólo está referida a la fundamentación fáctica y jurídica que debe realizarse en una sentencia judicial de índole penal para efectos de acreditar la responsabilidad penal o no de determinado encausado por la comisión de un delito imputado, sino que también debe realizarse la misma fundamentación respecto a la sanción penal y consecuencias civiles en caso de sentencia condenatoria, más aún, si nuestra norma procesal penal permite la impugnación de la sentencia contra dichos extremos, lo cual requiere que lo decidido al respecto por el Órgano Jurisdiccional respectivo se encuentre debidamente motivado y justificado jurídicamente en la resolución judicial, para efectos de que la parte procesal que se considere perjudicada con dicho extremo del fallo, pueda contradecir dichos argumentos al momento de presentar su recurso impugnatorio respectivo.

La debida motivación de la sanción penal y consecuencias civiles

Décimo segundo. Que, revisados los autos en el presente caso, se advierte lo siguiente: **i)** por sentencia de primera instancia de fecha treinta de marzo de dos mil diez, obrante a fojas ciento diez, se condenó a Jaime Cirilo Uribe Ochoa, como autor del delito contra el Honor, en la modalidad de difamación, en agravio de Ana Aurora Kobayashi Kobayashi de Muroya, a un año de pena privativa de libertad, suspendida por el período de prueba de seis meses, bajo determinadas reglas de conducta, y fijó en cinco mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la agraviada, sin embargo, se omitió fundamentar fáctica y jurídicamente los motivos por los cuales se impuso aquella sanción penal y civil; **ii)** mediante escrito de fecha ocho de abril de dos mil diez, obrante en copia certificada a fojas ciento dieciséis, el condenado Jaime Cirilo Uribe Ochoa interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, sustentado concretamente

en argumentos de falta de culpabilidad por ausencia del elemento subjetivo del delito imputado, cuestionando la autenticidad de la prueba documental presentada por la querellante (video), mas no hizo alusión a los extremos referidos al quantum de la pena impuesta y al monto fijado por concepto de reparación civil; **iii)** por sentencia de vista de fecha doce de julio de dos mil diez, obrante a fojas ciento ochenta y siete, se resuelve confirmar por unanimidad la sentencia de primera instancia en los extremos que condenó a Jaime Cirilo Uribe Ochoa, como autor del delito contra el Honor, en la modalidad de difamación, en agravio de Ana Aurora Kobayashi Kobayasho de Muroya, y fijó en cinco mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la agraviada; y confirmar la misma sentencia por mayoría en el extremo que se le impuso un año de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el período de prueba de seis meses, bajo determinadas reglas de conducta; cumpliéndose con fundamentar el extremo de la pena impuesta —ver décimo tercer considerando— (pese a que conforme al artículo cincuenta y siete del Código Penal, el plazo de suspensión de la ejecución de la pena es de uno a tres años, lo cual en todo caso no agravia al encausado, debido a que se le impuso un plazo menor de suspensión de ejecución de pena); asimismo, si bien no se precisó los fundamentos por los cuales se confirmó el monto fijado por concepto de reparación civil (cinco mil nuevos soles), este Supremo Tribunal considera que dicho monto resulta proporcional por concepto de indemnización de daños y perjuicios, conforme a lo establecido en el inciso dos del artículo noventa y tres del Código Penal y el Acuerdo Plenario número 6-2006-/CJ-116 de fecha trece de octubre de dos mil seis, emitido por la Sala Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, debido a que la difamación se produjo por intermedio de un programa local de noticias televisivo y por parte de un funcionario público (Alcalde de la Municipalidad de Huaral) en agravio de otra funcionaria pública (Regidora de la Municipalidad de Huaral); en consecuencia no se advierte que en la sentencia de vista materia del recurso extraordinario de casación, se haya incurrido en la causal invocada referida a una falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación por las causales de inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material y falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte

de su propio tenor, previstas en los incisos uno y cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, contra la sentencia de vista de fecha doce de julio de dos mil diez, obrante a fojas ciento ochenta y siete, que resolvió confirmar por unanimidad la sentencia de primera instancia en los extremos que condenó a Jaime Cirilo Uribe Ochoa, como autor del delito contra el Honor, en la modalidad de difamación, en agravio de Ana Aurora Kobayashi Kobayasho de Muroya, y fijó en cinco mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la agraviada; y confirmar la misma sentencia por mayoría en el extremo que se le impuso un año de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el período de prueba de seis meses, bajo determinadas reglas de conducta.

II. ESTABLECIERON de conformidad con el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, como doctrina jurisprudencial, lo establecido en la parte considerativa de la presente Ejecutoria, respecto a lo referido a que la cadena de custodia que establece el Código Procesal Penal y el Reglamento aprobado por Resolución N.º 729-2006-MP-FN de fecha quince de junio de dos mil seis, no es aplicable a los procesos por delito de ejercicio privado de la acción penal (querella), así como lo referido a que la sentencia penal debe estar debidamente fundamentada (tanto fáctica como jurídicamente), no sólo en el extremo que acredita la responsabilidad penal o no del agente imputado por la comisión de un determinado hecho delictivo, sino también respecto a los extremos de la determinación e individualización de la pena a imponer y el monto a fijar por concepto de reparación civil, conforme a la normatividad existente para tales efectos, entre ellas la indicada en el considerando décimo, acápite tres y considerando décimo segundo.

III. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por intermedio de la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes, asimismo deberá publicarse en el diario oficial "El Peruano", conforme a lo previsto en la parte *in fine* del inciso tres del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal.

VI. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelvan los autos al Órgano Jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema. Interviene el señor Juez Supremo Morales Parraguez, por el periodo vacacional del señor Juez Supremo Salas Arenas.

S.S. VILLA STEIN /RODRÍGUEZ TINEO /PARIONA PASTRANA /NEYRA FLORES /MORALES PARRAGUÉZ

CAPÍTULO III
Las medidas de coerción procesal

I.
LA PRISIÓN PREVENTIVA

1.
CASACIÓN N.º 626-2013-MOQUEGUA
LA PRISIÓN PREVENTIVA

Casación	**N.º 626-2013-Moquegua**
Fecha	30.06.2015
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponente	José Neyra Flores
Tema	La prisión preventiva
Doctrina jurisprudencial vinculante	ff. jj. n.os 24, 27-29, 31, 32, 39, 40, 43, 48-50, 53, 54 y 58
Concordancia	Código Procesal Penal: arts. 268, 269 y 271 Código Penal: arts. 45 y 45-A
SUMILLA i) De los fundados y graves elementos de convicción. ii) De una prognosis de pena mayor a cuatro años. iii) De peligro procesal. iv) La proporcionalidad de la medida. v) La duración de la medida	

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 626-2013
MOQUEGUA

Lima, treinta de junio de dos mil quince

VISTOS; En audiencia pública; el recurso de casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, en relación con la causal de inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal, interpuesto por el representante del Ministerio Público de la Primera Fiscalía Superior Penal de Moquegua, contra el auto de vista del veintiuno de octubre del dos mil trece, obrante a fojas doscientos setenta y tres, que por mayoría revocó la resolución del veintiséis de septiembre del dos mil trece, que declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva contra Marco Antonio Gutiérrez Mamani y reformándola: dictaron en su contra comparecencia con restricciones sujeta al cumplimiento de las siguientes reglas de conducta: **a)** Comparecer quincenalmente al Juzgado de Investigación Preparatoria

que previno, a efectos de registrar su asistencia e informar de sus actividades. **b)** No variar su domicilio ni salir de la ciudad sin autorización judicial. **c)** Abstenerse de cercanía a la familia de la víctima y testigos, inclusive la comunicación telefónica. **d)** Prohibición de frecuentar lugares de expendio de bebidas alcohólicas y drogas. **e)** Obligación de concurrir puntualmente a todas las citaciones que efectúe el Ministerio Público en la investigación preparatoria en curso, así como a las que realice el órgano jurisdiccional. **f)** Pagar una caución económica de siete mil nuevos soles, previa a la excarcelación. Bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de revocarse la decisión; en el proceso que se le sigue por la presunta comisión del delito contra la vida, el cuerpo y la salud-homicidio calificado, previsto en el inciso tres del artículo ciento ocho del Código Penal, en agravio de Mirian Erika Aucatinco López; con lo demás que contiene.

Interviene como ponente el señor juez supremo José Antonio Neyra Flores.

ANTECEDENTES

Primero. Por disposición del veintiséis de septiembre del dos mil trece, de fojas dos, la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Mariscal Nieto dispone formalizar y continuar con la investigación preparatoria contra Marco Antonio Gutiérrez Mamani por la presunta comisión del delito contra la vida, el cuerpo y la salud-homicidio calificado, previsto en el inciso tres del artículo ciento ocho del Código Penal, en agravio de Mirian Erika Aucatinco López.

Segundo. Mediante requerimiento del veintiséis de septiembre del dos mil trece, de fojas ciento cincuenta y tres, también solicitó se declare fundado su requerimiento de prisión preventiva contra Marco Antonio Gutiérrez Mamani por el plazo de nueve meses.

Tercero. El Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria señaló como fecha para audiencia el veintisiete de septiembre de dos mil trece, a las ocho horas. Producida y registrada a fojas doscientos veinticuatro, por resolución de fojas doscientos veintiséis, resolvió declarar fundada la prisión preventiva por el plazo de nueve meses en contra de Marco Antonio Gutiérrez Mamani.

Cuarto. Apelada y concedido el recurso, se citó a la audiencia de apelación para el diecisiete de octubre de dos mil trece, que se registra a fojas doscientos setenta. Luego de producida, se emite la resolución de vista del veintiuno de octubre de dos mil trece, obrante a fojas doscientos setenta y tres, que por mayoría revocó la resolución del veintiséis de septiembre de dos mil trece, que declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva contra Marco Antonio Gutiérrez Mamani y reformándola: dictaron en su contra comparecencia con restricciones sujeta al cumplimiento de las siguientes reglas de conducta: **a)** Comparecer quincenalmente al Juzgado de Investigación Preparatoria que previno, a efectos de registrar su asistencia e informar de sus actividades. **b)** No variar su domicilio ni salir de

la ciudad sin autorización judicial. **c)** Abstenerse de cercanía a la familia de la víctima y testigos, inclusive la comunicación telefónica. **d)** Prohibición de frecuentar lugares de expendio de bebidas alcohólicas y drogas. **e)** Obligación de concurrir puntualmente a todas las citaciones que efectúe el Ministerio Público en la investigación preparatoria en curso, así como a las que realice el órgano jurisdiccional. **f)** Pagar una caución económica de siete mil nuevos soles, previa a la excarcelación. Bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de revocarse la decisión; con lo demás que contiene.

Quinto. El representante del Ministerio Público interpuso recurso de casación contra la resolución de vista —ver fojas trescientos treinta y ocho—, que fue concedido por resolución del trece de noviembre del dos mil trece, obrante a fojas trescientos cincuenta y uno.

Sexto. Cumplido el trámite de traslados a los sujetos procesales por el plazo de diez días, se emitió la Ejecutoria suprema de calificación de casación del cinco de septiembre del dos mil catorce, que declaró bien concedido el recurso de casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, por la causal de inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal.

Séptimo. Producida la audiencia de casación, deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, corresponde pronunciar la presente sentencia casatoria que se leerá en audiencia pública —con las partes que asistan—, en concordancia de los artículos cuatrocientos treinta y uno, apartado cuatro, y artículo cuatrocientos veinticinco, inciso cuatro del Código Procesal Penal, el día catorce de julio de dos mil catorce, a horas ocho y cuarenta y cinco de la mañana.

CONSIDERANDOS

1. Aspectos generales

Primero. Conforme a la Ejecutoria suprema del cinco de septiembre del dos mil catorce —calificación de casación—, obrante a fojas setenta y siete del cuadernillo formado en esta instancia, el motivo de casación admitido está referido al desarrollo de doctrina jurisprudencial, por la causal de inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal: **i)** Sobre el tratamiento que debe dársele a los artículos doscientos sesenta y ocho y doscientos sesenta y nueve del Código Procesal Penal, modificados y puestos en vigencia en todo el territorio nacional, el diecinueve de agosto de dos mil trece, por la Ley número treinta mil setenta y seis, sobre la configuración del peligro procesal, y que se debe considerar para calificar el peligro de fuga, además del arraigo en el país del imputado, su comportamiento durante el procedimiento u otro anterior, la gravedad de la pena y magnitud del daño causado, aspectos que se presentarían en el presente caso. **ii)** Para

la debida evaluación y concatenación de los elementos que configuran los presupuestos para el dictado de prisión preventiva, a efectos de evitar la arbitrariedad en las decisiones judiciales, más si en el presente caso el Colegiado Superior se sustentaría en argumentaciones no planteadas por las partes durante la audiencia de apelación de prisión preventiva, lo que vulneraría los principios de contradicción e imparcialidad judicial.

Segundo. Se imputa al investigado que: **i)** Entre las veintiún horas del dieciséis de septiembre del dos mil once y las dos horas con veintinueve minutos del diecisiete del mismo mes y año, encontrándose la agraviada al interior de un lugar cerrado y privado, desnuda, confiada en el agresor, a quien le dio la espalda, es tomada por sorpresa por atrás, no dándole tiempo a defenderse y estando premunido el agresor de un instrumento punzo cortante, compatible con un cuchillo, procedió a seccionarle la arteria externa, vena yugular externa y vena tiroidea superior, desgarrando parcialmente la yugular interna. Cortes que fueron ejecutados con gran fuerza que lograron la sección completa a nivel de cartílago tiroideo, hasta generar una luxofractura en la columna cervical y fragmentación a nivel del cuerpo vertebral izquierdo, generándose un shock hipovolémico, a consecuencia de la hemorragia masiva por la lesión de vasos de gran calibre. **ii)** Después, el victimario procedió a lavar completamente el cadáver, lo vistió y una vez colocado el cuerpo en posición de cúbito dorsal, se colocó al lado izquierdo y premunido de un instrumento procedió a inferirle las heridas punzo penetrantes que presenta el cadáver en el tórax y abdomen. **iii)** Finalmente, procedió a abandonar el cadáver en el fundo de propiedad de Lidia Colque Calizaya —extensión agrícola—, ubicado en la avenida Paisajista s/n del sector El Rayo del centro poblado Los Ángeles, del Cercado de Moquegua, provincia de Mariscal Nieto, departamento de Moquegua (a doscientos metros del puente El Rayo). Antes de abandonar el lugar procedió a deslizar el pantalón y ropa interior de la agraviada hasta la altura del muslo. El agresor dejó la silueta de dedos de mano reflejados en el cuerpo de la agraviada con el objeto de simular una supuesta violación, llevándose consigo su celular. **iv)** Los hechos son atribuidos al investigado, pues en su condición de ex enamorado de la agraviada —siendo ella quien habría terminado la relación sentimental el día catorce de septiembre del dos mil once, por haber iniciado otra relación sentimental con Julio André Alva Flores—; se negaba a terminar la relación bajo amenazas de "quitarse la vida" y de "contar a los padres de la agraviada de las relaciones sexuales sostenidas con Julio André Alva Flores" y la propia presión de seguir frecuentándolo como amigos.

2. Sustento de los actos procesales relativos al caso

Tercero. El fiscal provincial sustentó su requerimiento de prisión preventiva en:

A) Sobre los graves elementos de convicción, relató una serie hechos y expuso argumentos sobre la vinculación del imputado (similar a lo expuesto en el segundo considerando).

B) Sobre la prognosis de pena, que la sanción para el delito de homicidio calificado superará los cuatro años de pena privativa de libertad, pues la pena básica es de quince años de pena privativa de libertad, hasta la cadena perpetua.

C) Sobre el peligro procesal, que no cuenta con arraigo laboral, familiar, ni domiciliario, al no existir evidencia documental que advierta lo contrario, la gravedad de la pena privativa de libertad que se espera, es de quince a treinta y cinco años efectiva, la personalidad y circunstancias en la intervención policial, la forma como se condujo para desaparecer las evidencias y esconder la escena primaria del delito, con fines de no ser identificado, la gran magnitud del daño causado, pues quitó la vida a la agraviada, lo que se magnifica por la forma como se realizó, no mostrando actitud alguna tendiente a reparar el daño ocasionado.

Cuarto. El Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria dictó la medida de prisión preventiva contra Marco Antonio Gutiérrez sobre la base que:

A. En cuanto al primer requisito, en el considerando segundo, señaló que estos se corroboran con los elementos de convicción oralizados por el representante del Ministerio Público, consistentes en que la agraviada inicia una relación sentimental con Gutiérrez Mamani, acreditándose que ella es estudiante del Instituto Superior Tecnológico y que asistió el día dieciséis de septiembre de dos mil once, desde las dieciocho horas con treinta minutos a las veintiún horas con quince minutos, a las clases del profesor Eugenio Leopoldo Quispe Mamani, tal como lo señala: i) El *primer* elemento de convicción: informe número cero cero seis-dos mil once-LQM/CONTABILIDAD/I.E.T.P."JCM". **ii)** *Segundo*, que esta información es ratificada por la declaración del docente Eugenio Leopoldo Quispe Mamani. **iii)** *Tercero*, la declaración del padre de la víctima, Elías Aucatino Cuadros, quien refiere que el imputado era enamorado de su hija, la visitaba en su casa, pero había terminado con él. **iv)** *Cuarto*, la declaración de Diana Pamela Aucatinco López, que indica que el imputado era enamorado de su hermana, que conoció a Julio André Alva Flores el seis de agosto del dos mil once.

El ocho de septiembre del dos mil once, cuando llamó al imputado, negó estar con la agraviada, el nueve del mismo mes y año llegó a su casa junto a su hermana, el catorce del mismo mes y año, el imputado le dijo que había terminado su relación con su hermana, no la quería ver y que ante cualquier cosa que le pasara no le echaran la culpa, el día quince fue a su casa llevando dos chirimoyas a su padre, indicó que quería conversar en serio con sus padres, pues había encontrado un mensaje de texto en su celular donde advertía que Miriam y Julio habían mantenido relaciones sexuales, en eso llegó la agraviada. El dieciséis la agraviada le dijo que había terminado con el imputado. El diecisiete con Julio André Alva Flores se constituyeron a la comisaría de la PNP de San Antonio a presentar la denuncia por desaparición de su hermana, llamó al celular de ella, respondieron pero nadie hablaba, escuchó el cantar de un gallo, luego llamó al imputado, quien dijo no estar con ella y escuchó un canto de gallo similar. A las ocho horas llegó el imputado a su casa, se puso nervioso y tembloroso, tenía ojos rojos y llorosos, como si hubiera trasnochado. **v)** *Quinto*, la declaración testimonial de Eliana López Ramos, madre de la agraviada, que señala que el acusado era enamorado de su hija, pero ella conocía su nueva relación. El catorce de septiembre del dos mil once él la llamó y le dijo que quería conversar con ella y su esposo, quedando para el sábado diecisiete. El día quince llamó a su hija, quien le dijo que había terminado con aquel. **vi)** *Sexto*, La declaración de Nely Flores Mamani, que señaló que el tres de septiembre de dos mil once, a las dieciséis horas, observa a la agraviada enviándose mensajes con Julio André Alva Flores, indicando que se había distanciado del imputado desde hace cuatro días, quería terminar con él, pero había amenazado con matarse. **vii)** *Séptimo*, la declaración de Julio André Alva Flores, que señala que con la agraviada se hicieron enamorados el ocho de septiembre de dos mil once, pero a las veintidós horas se encontraron con el imputado, quien les pidió una explicación, a pedido de la agraviada se fue del lugar, dejándolos. El día nueve la buscó, pues no le contestaba el celular. En la madrugada de ese día ella le dijo que quería terminar con el imputado, pero este se puso como loco diciendo que se quería matar. Ese día recibió llamadas telefónicas de ella, pero en realidad era el imputado que le obligaba a decirle "a ti no te amo, amo a Marco Gutiérrez Mamani". Cuando se vieron y la quiso abrazar ella le dijo que mientras esto ocurriera quería mantener una distancia, también que el imputado le había quitado los celulares, la tenía amenazada porque sabía que había mantenido relaciones sexuales con el deponente, por lo que hacía lo que él quería. El día dieciséis ella le contó que el día anterior, cuando llegó

a su casa, encontró al imputado conversando con su hermana. **viii)** *Octavo*, declaración de Ruth Mariela Escobar Masco, quien refiere que el imputado el día quince había ido al instituto a recoger a la agraviada, pero esta le comentó que no quería saber de él, habían terminado la relación el día catorce, pero este no lo aceptaba y la condicionó para frecuentarse como amigos. El día dieciséis la agraviada estuvo en clases hasta las veintiún horas con quince minutos, cuando escuchó que el teléfono sonó y salió de clases para atender la llamada y se retiró, ese mismo día el imputado la había llamado insistentemente al celular, pero la agraviada no le contestaba. **ix)** *Noveno*, la declaración de Carlos Tumbalobos Reaño, quien indicó que el día dieciséis, a las veintitrés horas con treinta minutos, vio a la agraviada y al imputado en la esquina de la avenida La Paz, frente a la empresa Cruz del Sur, ella se encontraba seria con los brazos cruzados y él trataba de hablarle. **x)** *Décimo*, la declaración de Sara Milagros Alfaro Flores, quien señaló que vio a la agraviada el dieciséis de septiembre al promediar las veintiún horas, subiendo a un transporte público desde el instituto hasta la intersección formada de la avenida Balta y calle Ancash. **xi)** *Décimo primero*, el acta de levantamiento de cadáver que señala que la muerte probablemente ocurrió entre quince a veinte horas. **xii)** *Décimo segundo*, el informe pericial de necropsia médico legal, que advierte que la causa de la muerte es shock hipovolémico, laceración cardiaca, diecinueve heridas punzocortantes. **xiii)** *Décimo tercero*, el informe pericial ampliatorio de necropsia médico legal, que señala que el shock es a causa de pérdida del veinte por ciento de volumen normal de sangre. **xiv)** *Décimo cuarto*, el informe pericial ampliatorio de necropsia médico legal, que señala que no puede precisarse la posición del agresor cuando infiere las lesiones del cuello. **xv)** *Décimo quinto*, tomas fotográficas del levantamiento de cadáver. **xvi)** *Décimo sexto*, el informe de inspección técnico criminal, sobre la ubicación de las manchas de sangre, apreciándose que los hechos no ocurrieron en el lugar donde se produce el levantamiento de cadáver. **xvii)** *Décimo séptimo*, la pericia de biología forense. **xviii)** *Décimo octavo*, la pericia física, sobre los cortes de la ropa de la víctima. xix) Décimo noveno, el acta de recojo de evidencias. **xx)** *Vigésimo*, el informe de inspección técnico criminal, sobre el lugar donde fue hallado el cadáver, se señala que una vez posicionado el cadáver, el presunto victimario deslizó el pantalón hacia la parte inferior para simular una violación. **xxi)** *Vigésimo primero*, la declaración de Julio César Briceño López, quien encontró a Diana Pamela Aucatinco López alterada y a Marco Antonio Gutiérrez Mamani cansado, con ojos

rojos, como si no hubiera dormido. **xxii)** *Vigésimo segundo*, la declaración de Janet Ángela Mamanchura Cuela, vecina de la víctima, señala que le preguntó al imputado por la víctima y dijo no saber nada, estaba nervioso, con voz ronca, decaído, tenía ojeras, ojos rojizos, no decía nada. **xxiii)** *Vigésimo tercero*, el informe número doscientos noventa y siete-dos mil once-XI-DIRTEPOL, efectuada a la habitación del imputado. **xxiv)** *Vigésimo cuarto*, el acta de aplicación de reactivo de luminol en el domicilio del imputado. **xxv)** *Vigésimo quinto*, reporte de llamadas telefónicas del celular del imputado. **xxvi)** *Vigésimo sexto*, reporte de llamadas telefónicas del celular de la agraviada. **xxvii)** *Vigésimo séptimo*, el acta de intervención policial de fojas ochenta y cinco. **xxviii)** *Vigésimo octavo*, el informe policial número cero cero ocho-dos mil trece-RPS-DIRTEARE. **xxix)** *Vigésimo noveno*, el informe policial número ciento veinticuatro-dos mil trece-REGPOSUR-DIRTE-MOQ/ DIVICAJ. **xxx)** *Trigésimo*, el perfil criminológico contenido en la evaluación psicológica, que señala que el lugar de los hechos es cerrado y se pueden manipular pruebas, agredió a la víctima en un lugar donde se sentía seguro, protegió su identidad, se apoyó de terceros para transportar el cuerpo, la víctima se sintió confiada en el agresor, el agresor usó el factor sorpresa, actuó con brutalidad, sadismo y furor homicida, es celoso, controlador y manipulador. El relato del imputado no reúne los criterios de credibilidad y posee una personalidad mixta obsesivo-compulsivo. **xxxi)** *Trigésimo primero*, el acta de inspección técnico policial. **xxxii)** *Trigésimo segundo*, el informe número ciento ochenta y seis-dos mil trece-REGPOSUR-DIRTEPOL-M/OFRICRI. **xxxiii)** *Trigésimo tercero*, la declaración testimonial de Crystian Raúl Valdez Flores. **xxxiv)** Trigésimo cuarto, la declaración testimonial de Henry Erickson Cruz Gallegos. **xxxv)** Trigésimo quinto, la declaración de Marco Antonio Gutiérrez Mamani. **xxxvi)** *Trigésimo sexto*, la ampliación de declaración del imputado.

B. Sobre la prognosis de pena, esta no será menor de quince años de pena privativa de libertad, al no existir circunstancias que hagan prever una atenuación inferior a cuatro años.

C. Sobre el peligro procesal, luego de resumir lo que dice la Fiscalía y defensa señala que "por todo ello se tiene la gravedad de la pena, cuyo extremo mínimo es de quince años, lo que permite establecer que el procesado podría interferir y obstaculizar la investigación judicial y fiscal, debiendo restringirse su libertad locomotora por el plazo de nueve meses".

Quinto. En su recurso de apelación la defensa del imputado alegó que: **i)** Solo existen indicios y presunciones sobre su responsabilidad. **ii)** Las testimoniales no guardan legalidad o firmeza como medios de prueba. **iii)** El juez solo se limitó a efectuar una repetición de la exposición literaria de hechos imaginados por el Ministerio Público, basadas en testimoniales sin valor y contradictorias; sin considerar la prueba directa e incuestionable, como los resultados de las pericias biológicas, las muestras de luminol. Por lo que no existe elemento grave de convicción que determine la responsabilidad penal. **iv)** Quienes crían gallos en Moquegua son varias personas, no sólo él, por lo que la "teoría del gallo" no tendría mayor valor. **v)** No se tomó en cuenta los documentos adjuntados que acreditan su arraigo familiar, domiciliario y laboral.

Sexto. En la audiencia de apelación de auto, de diecisiete de octubre del dos mil trece, estuvieron presentes tanto la defensa como la Fiscalía, a su turno cada uno expuso su teoría del caso: **i)** La defensa señaló que el fiscal se basa en subjetividades, simples versiones, y no en indicios probados, y contrario a lo que opina el fiscal, el imputado es inocente de los cargos atribuidos, pues la última persona que estuvo con la víctima fue un tercero, Alva Flores. Además, no se halló rastros de sangre en el domicilio del investigado, no siendo creíble la "teoría del gallo". Por ello, el fiscal solo alega indicios y presunciones, que no están corroborados. En cuanto al peligro procesal, el imputado presentó elementos para establecer que no existe peligro de fuga, acreditando el arraigo domiciliario, familiar y laboral, pero el juez no lo tomó en cuenta. **ii)** El fiscal relató los hechos, además, indicó que el imputado no mencionó cuáles son los documentos que acreditan el arraigo, por lo que, a pesar de presentarlos, es como si no existieran. Refirió que sí existen suficientes actos de investigación que vinculan al procesado con el delito, como el perfil psicológico, el testigo Alva Flores, quien llamó a la agraviada porque no se encontraba con ella, como indica la defensa, además, de testimoniales que concuerdan con la forma en cómo se encontró a la víctima. Asimismo, el homicidio fue planificado y se quiso aparentar una violación. Por último, que es válida la "teoría del gallo". **iii)** En su autodefensa, el imputado se ratificó en su inocencia, indicando que ha estado en todas las citaciones, no ha huido a ningún lugar.

Séptimo. El Tribunal Superior al revocar esta medida indicó:

> **A)** Sobre los elementos de convicción, que: **i)** Existen actas de levantamiento de cadáver, necropsia médico legal, informes periciales que acreditan el resultado típico: la muerte de la agraviada el diecisiete de septiembre del dos mil once, la causa de la muerte fueron heridas punzo cortantes, en número de diecinueve, fractura

cervical, laceración cardiaca, shock hipovolémico ocasionado por objeto punzo cortante. **ii)** Las circunstancias en que fue encontrada la víctima se hallan en las fotografías de fojas cincuenta y ocho a sesenta y cinco. **iii)** El informe número doscientos noventa y uno-dos mil once, examen de biología forense, que contiene la apreciación criminalística, sobre que el arma debió ser un cuchillo o elemento similar, así como que el acto se ejecutó en otro lugar, pues por las heridas abiertas debió encontrarse en el lugar abundantes restos de sangres, por último, que el autor pretendió simular una violación para confundir la investigación. **iv)** Como no existió dato concreto para una imputación directa se recurrió a la prueba por indicios, así existen indicios de manifestaciones anteriores, como la de Ayme Margot Gómez Roque, quien vio por última vez a la víctima en clases hasta las veintiún horas con veinte minutos, de Eugenio Leopoldo Quispe Mamani, quien dijo que la agraviada asistió a su curso, luego la vio en compañía de un joven y ella caminaba enojada, de Carlos Tumbalobos Reaño, quien vio a agraviada e imputado el dieciséis de septiembre del dos mil once, a las once horas con treinta minutos, ella tenía ropa oscura y brazos cruzados, lo que corroboraría la versión anterior, asimismo, el reporte de levantamiento del secreto telefónico establece que ambos tuvieron comunicaciones previas, por lo que se concluye que el imputado fue la última persona que vio a la víctima antes de su desaparición, aun cuando dijo que estuvo en otro lugar, lo que es un indicio de mala justificación. Como indicio de móvil delictivo se tiene el rompimiento de relaciones sentimentales, así el propio acusado refirió que estas terminaron porque la encontró con Julio Alva Flores y descubrió, al leer su celular, que estos mantenían relaciones sexuales. El padre de la agraviada refirió que su hija Pamela mencionó que el imputado habría dicho que si terminaban se iba a suicidar. Por su parte Julio André Alva Flores confirmó el encuentro que tuvieron los tres el ocho de septiembre del dos mil once. Como indicios de personalidad, la hermana de la víctima resaltó la personalidad posesiva y dominante del investigado con su hermana, lo que corrobora Alva Flores, pues el imputado le había quitado dos celulares y "se puso como loco diciendo que se quería matar", asimismo, los resultados de la evaluación psicológica concluye que el imputado presenta personalidad mixta, obsesivo, compulsivo, paranoide y que el relato brindado por este no reúne los criterios de credibilidad, es poco consistente, sin descripción episódica y es contradictoria, lo que es evidente en relación a la negativa de haber visto a la víctima el día anterior. **v)** Estos actos vinculan al

imputado con los hechos, pues fue la última persona con la que estuvo la víctima, tiene personalidad dominante y agresiva con su enamorada, generándole dependencia emocional, que se tradujeron en rupturas y reconciliaciones, no desprovistas de rencores por la nueva relación sentimental de la víctima, lo que hacen inclinar la balanza frente a su negativa expresa de cualquier encuentro previo a la desaparición de la víctima. **vi)** En cambio, no resulta de recibo la versión de la defensa respecto a la prueba científica (luminol, ausencia de fluidos corporales), pues la teoría del Fiscal sugiere que el delito se realizó en lugar distinto donde esta fue hallada. **vii)** Las circunstancias previas y el motivo suficiente concurren para poder vincular al imputado con la comisión del delito, con un alto grado de probabilidad, estando en etapa de investigación.

B) Como no se cuestionó la prognosis de pena no se emite pronunciamiento alguno.

C) En cuanto al peligro procesal señaló que: **i)** El *a quo* estimó que existe peligro de obstaculización por la gravedad de la pena y porque el imputado puede influenciar en los testigos para que informen falsamente. **ii)** Las afirmaciones del peligro procesal no se sustentan en datos objetivos obtenidos en actos iniciales de la investigación, solo en presunciones, en cambio, la penalidad alta debe estar vinculada a algún dato objetivo. **iii)** El arraigo no fue materia de pronunciamiento por el *a quo*, pese a que se presentaron documentales, de las cuales se obtiene que el imputado vive en el Fundo Quebrada Onda, en compañía de sus padres y abuelo, actualmente no tiene trabajo, pero con anterioridad sí, en Angloamerican, Inco Servicios e IST José Carlos Mariátegui. **iv)** La investigación data del diecisiete de septiembre del dos mil once, formalizándose el veintiséis de septiembre del dos mi trece. El diecinueve de septiembre del dos mil once el imputado declaró, a dos días de ocurridos los hechos, su habitación fue sometida a pericias de aplicación del reactivo de luminol en la misma fecha. El seis de marzo del dos mil doce se le extrajeron muestras sanguíneas e hisopado bucal para análisis de perfiles genéticos y cromosomas sexuales, su secreto telefónico fue levantado el mes de octubre de dos mil once, sin desdén ni negativa de su parte, lo cual valorado conjuntamente permite inferir una sumisión a la investigación que ha durado más de dos años, si en este plazo no hubo peligro de fuga, ¿cómo se puede materializar en esta oportunidad? **v)** Sobre la posibilidad de obstrucción en relación a los testigos, no se cuenta con información de la existencia de amenazas, agresiones o coacciones que haya realizado el imputado para impedir que declaren con verdad.

Octavo. El señor fiscal superior al interponer su recurso de casación, obrante a fojas trescientos treinta y ocho, alega que:

i) En su apelación el imputado señaló que no existen elementos de convicción que lo vinculen al delito, solo testimoniales contradictorias, sin considerarse la prueba de luminol, que no se valoraron las instrumentales que demuestran el arraigo familiar, domiciliario y laboral, lo que reafirmó en la audiencia de apelación. Sin embargo, la Sala de Apelaciones fundamenta su decisión en hechos no alegados por el impugnante y en argumentos no cuestionados tácita ni expresamente por este. **ii)** La Sala de Apelaciones argumenta que existe arraigo, pero la defensa no expresó en qué documentos se acreditaría tal arraigo, de lo que se dejó constancia; sin embargo, el Tribunal de alzada, ante la omisión del abogado defensor, lo suplió y obtuvo esta información del expediente judicial. La Sala no estaba facultada para incorporar argumentos no planteados por el impugnante y por tanto no sujetos a debate contradictorio, lo que vulnera el principio de congruencia, pues solo puede examinar la resolución recurrida dentro de los límites de la pretensión impugnatoria, tanto en la declaración de hechos y aplicación de derecho. Debe existir plena correspondencia entre lo peticionado en el recurso con lo resuelto por el Tribunal de alzada, no puede ir más allá de los petitorios, fundarse en hechos diversos de los alegados por las partes, debe limitarse a los puntos indicados en la motivación por el recurrente. Se vulneró el principio de imparcialidad, pues el juez debe ser neutral sin colaborar con ninguna parte. **iii)** El voto en mayoría indicó que el imputado señaló "haber sido citado en varias oportunidades", refiriendo no existir peligro de obstaculización, pero este hecho no fue alegado por la defensa técnica del imputado, quedando conforme con los argumentos planteados por el juez a quo, pero la Sala oficiosamente obtuvo información del expediente judicial, señalando que a dos días de los hechos se le extrajo muestras sanguíneas e hisopado bucal y su secreto telefónico fue levantado, señalando que en ese lapso de tiempo no existió peligro de fuga, sin considerar que la situación jurídica del imputado era diferente, pues al requerir la prisión preventiva se formaliza la investigación y evidentemente las diligencias preliminares tienen otra finalidad. **iv)** La Sala de Apelaciones no podía incorporar nuevos argumentos que no estuvieron sujetos al contradictorio, lo que vulnera el principio acusatorio, que separa las funciones de las partes. **v)** Es necesario erradicar las sentencias arbitrarias del ámbito jurisdiccional, desarrollando y reforzando los principios acusatorios, congruencia procesal, imparcialidad, contradicción y motivación de las resoluciones.

3. La prisión preventiva en la Ley número treinta mil setenta y seis

Libertad y restricciones

Noveno. La libertad es uno de los derechos fundamentales en los que se basa el Estado de derecho, por ello no es cuestionable su importancia y preferencia dentro del sistema jurídico. Sin embargo, existen casos en los que esta tiene que retroceder frente a otros intereses o bienes jurídicamente protegidos.

Libertad ambulatoria y proceso penal

Décimo. La libertad ambulatoria puede ser limitada dentro del proceso penal a efectos de asegurar sus fines. Esta es la justificación de la imposición de una medida cautelar personal como la prisión preventiva.

Prisión preventiva: carácter excepcional

Décimo primero. La aplicación de esta medida es excepcional, en atención a la preferencia por la libertad del sistema democrático, por ende, su adopción se hará solo en los casos necesarios y que cumplan los requisitos de ley, en especial el peligro procesal. Pues de otra forma se lesionará no solo la libertad, sino también la presunción de inocencia, pues se encarcela como si fuera culpable a quien se le debe presumir inocente.

Peligro procesal

Décimo segundo. La prisión preventiva solo se decreta cuando existe peligro que el imputado se pueda sustraer del proceso y no se llegue a una sentencia de fondo, así como cuando existe afectación a la actividad probatoria, son los llamados peligro de fuga y de obstaculización probatoria.

Décimo tercero. El artículo doscientos sesenta y ocho del Código Procesal Penal regula los requisitos para adoptar esta medida, al señalar que el juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

A) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.

B) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad.

Prisión preventiva: Requisitos

C) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

Supuesto de peligro procesal

Décimo cuarto. Los artículos doscientos sesenta y ocho al doscientos setenta y uno del Código Procesal Penal, desde el veinte de agosto de dos mil trece, se encuentran vigentes en todo el país por la Ley número treinta mil setenta y seis y traslada la circunstancia de pertenecer a una

organización criminal, ubicándola correctamente como un elemento del peligro procesal.

3. Argumentación y contradicción de la audiencia de prisión preventiva y la motivación del auto

Décimo quinto. El Decreto Legislativo novecientos cincuenta y siete establece un sistema acusatorio contradictorio de origen eurocontinental, incorporando un sistema de audiencias previas y de juzgamiento, regidos en general por la oralidad, inmediación, contradicción y publicidad.

D. Leg N.° 957

Décimo sexto. Es importante la audiencia para tomar una decisión, pues durante la investigación preparatoria o etapa intermedia las partes sustentan sus pretensiones a través de los principios citados, y el juez debe cumplir una función activa en busca de la mayor información y de la mejor calidad, que le permita la resolución, lo que se aplica en la audiencia de prisión preventiva, previsto en el inciso uno del artículo doscientos setenta y uno del Código Procesal Penal.

Importancia del sistema de audiencias

Décimo séptimo. En la audiencia de prisión preventiva una buena práctica, especialmente al inicio de la realización de audiencias previas en el distrito judicial, por la aplicación progresiva del Código Procesal Penal, es: que la argumentación por las partes de los presupuestos materiales se haga punto por punto, señalados en el artículo doscientos sesenta y ocho del Código Procesal Penal, referidos a los requisitos de la medida cautelar que requieren o se oponen, así, captarán íntegramente la información sobre cada uno y contradecirán todo lo argumentado, presupuesto por presupuesto, el juez podrá hacer preguntas al respecto, contando con el máximo de información sobre los elementos de convicción contradichos que sustenten cada uno de los requisitos de esta medida de coerción personal y después pasará al siguiente punto, y al concluir cada punto y al final de la audiencia, estará en las mejores condiciones para pronunciar la medida de coerción personal necesaria y proporcional.

Inicio de la Audiencia de prisión preventiva

Décimo octavo. Lo primero que se tratará será sobre los graves y fundados elementos de convicción. El fiscal relatará los hechos y argumentará la intervención del imputado, sobre la base de los elementos materiales obtenidos, que sustentaran sus dichos. El juez dará la palabra a la defensa para que exponga lo necesario. Siendo la función del Órgano Jurisdiccional hacer la audiencia, captar la información y expedir resoluciones orales y escritas, su labor de dirección es central evitando desvíos en la discusión de derechos que no corresponden a la naturaleza de la audiencia, proveyendo garantías, pero también

eficiencia. Como aceptar que se discuta exclusión de prueba prohibida o vulneración de la imputación necesaria, que se protegen a través de la tutela de derechos, atipicidad o causa de justificación, garantizados por las excepciones de improcedencia de acción, pues la defensa es cautiva y los abogados deben conocer la ley, doctrina, jurisprudencia y el caso concreto, estando obligados a observar el derecho a la defensa en el procedimiento correspondiente.

Audiencia de prisión preventiva: Análisis del primer requisito

Décimo noveno. Así controlará los tiempos, focalizará que las partes se refieran a un tema específico, haya la mayor contradicción porque la contraparte recordara íntegramente lo que se acaba de argumentar y podrá refutarlo y el juez hacer las preguntas aclaratorias que estime.

Control de tiempos

Vigésimo. Una vez agotada la discusión del primer requisito, habiendo el juez logrado la información que requiere, dará la palabra al fiscal para continuar con la prognosis de pena a imponer, bajo los mismos términos.

Discusión sobre la prognosis de la pena

Vigésimo primero. Luego, sobre el peligro procesal. El fiscal indicará específicamente, individualizando cuál es el alegado, pues los artículos doscientos sesenta y nueve y doscientos setenta del Código Procesal Penal establecen una serie, después la réplica del defensor del imputado y el juez estará en condiciones de establecer su magnitud.

Discusión sobre el peligro procesal

Vigésimo segundo. Finalmente, se fundamentará la proporcionalidad de la medida cautelar solicitada, la magnitud del riesgo procesal acreditado, así como su duración. El fiscal debe motivar en su requerimiento escrito, conforme al artículo ciento veintidós del Código Procesal Penal y en las alegaciones orales, demostrando por qué es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto. La defensa podrá cuestionarlo.

Discusión sobre la proporcionalidad

Vigésimo tercero. i) La motivación es de la máxima importancia al requerirse una afectación grave en derechos fundamentales, está prevista en el inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, el inciso tres del artículo doscientos setenta y uno del Código Procesal Penal, Decreto Legislativo novecientos cincuenta y siete, las reiteradas sentencias del Tribunal Constitucional, este Supremo Tribunal y la Resolución número ciento veinte-dos mil catorce, de mayo del dos mil catorce, expedida por el Consejo Nacional de la Magistratura como precedente vinculatorio, en la ratificación del fiscal Villasis Rojas, establecen que debe examinarse para su corrección: ***a)*** Comprensión del problema y lenguaje claro y accesible. ***b)*** Reglas de la lógica y argumentación. ***c)*** Congruencia. ***d)*** Fundamentación jurídica, doctrinaria y jurisprudencial. **ii)** El

Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente número setecientos veintiocho-dos mil ocho-PHC/TC, caso Llamoja Hilares, indicó que resulta indispensable una especial justificación para decisiones jurisdiccionales que afectan derechos fundamentales como la libertad, en la que debe ser más estricta, pues solo así es posible evaluar si el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la medida (sentencias recaídas en los expedientes números mil noventa y uno-dos mil dos-HC/TC y recientemente en el número mil ciento treinta y tres-dos mil catorce-PHC/TC), lo que debe cumplirse en todos los actos antes señalados. **iii)** En el estudio Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú, que recoge estudios coordinados por Due Process of Law Foundation, se señala como una recomendación hecho en el marco del estudio comparativo, que el uso arbitrario o inmotivado de la prisión preventivo debe ser perseguido y sancionado mediante procesos disciplinarios y, en su caso, procesos penales[1].

Prisión preventiva y debida motivación

Vigésimo cuarto. En conclusión, el debate se dividirá necesariamente en cinco partes, la existencia: **i)** De los fundados y graves elementos de convicción. **ii)** De una prognosis de pena mayor a cuatro años. **iii)** De peligro procesal. **iv)** La proporcionalidad de la medida. **v)** La duración de la medida. El representante del Ministerio Público debe comprenderlos en su requerimiento escrito, fundamentando cada extremo con exhaustividad[2]. Esto posibilitará que la defensa lo examine antes de la audiencia, se prepare y pueda pronunciarse sobre estos y que el juez analice y resuelva cada uno, dividiéndose el debate en cada una de los cinco puntos indicados, ejerciéndose contradicción uno a uno, agotado uno se pasará al otro.

Audiencia de prisión preventiva: División del debate

1 PÁSARA, Luis, "La prisión preventiva y el ejercicio de la independencia judicial. Análisis comparativo". En: Due Process of Law Foundation., *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú.* Due Process of Law Foundation, Washington, D.C., 2013, p. 27. Dsiponible en: <http://www.dpdf.org/es/resources/independencia-judicial-insuficiente-prision-preventiva-deformada-los-casos-de-argentina>.

2 Conforme al artículo 122 del Código Procesal Penal, que establece que se deben fundamentar las disposiciones y requerimientos y el artículo cuatro de la Directiva número dos-dos mil trece-MP-FN (Actuación fiscal en la prisión preventiva conforme al Código Procesal Penal del dos mil cuatro, puesto en vigencia mediante Ley número 30076), que indica que el requerimiento de prisión preventiva constará en un documento aparte debidamente fundamentado.

5. Sobre los fundados y graves elementos de convicción

Vigésimo quinto. Es el primer requisito que exige la prisión preventiva en el inciso uno del artículo doscientos sesenta y ocho del Código Procesal Penal. No se prevé expresamente en la Convención de Derechos Humanos ni en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pero sí en la prohibición de detenciones arbitrarias, que se regulan en ambos cuerpos normativos[3]. Ha sido reconocido en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. vs. Ecuador, Pacheco Teruel y otros vs. Honduras y J vs. Perú. Siendo su finalidad evitar los peligros de fuga y obstaculización probatoria, para poder adoptarla es necesario que exista un grado de confirmación sobre la realidad del delito y la vinculación del imputado.

Graves y fundados elementos de convicción

Vigésimo sexto. Debe acreditarse mediante datos objetivos obtenidos preliminarmente y/o propiamente de investigación que cada uno de los aspectos de la imputación tenga una probabilidad de ser cierta. Es el llamado *fumus delicti comissi*, o sea la apariencia de verosimilitud del hecho delictivo y vulneración del imputado.

fumus delicti comissi

Vigésimo séptimo. Para la adopción de la prisión preventiva no se exige que se tenga certeza sobre la imputación, solo que exista un alto grado de probabilidad[4] de la ocurrencia de los hechos, mayor al que se obtendría al formalizar la investigación preparatoria[5]; valiéndose de toda la información oralizada y acopiada hasta ese momento (primeros recaudos).

Exigencia de alto grado de probabilidad

3 En ese sentido, la Comisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha referido en el Informe 2/97, que la presunción de culpabilidad de una persona no solo es un elemento importante, sino una condición sine qua non para continuar la medida restrictiva de libertad. Llobet Rodríguez, Javier, "La prisión preventiva. Límites constitucionales". Tercera edición. San José:Editorial Jurídica Continental, 2010, pp. 155 y 156.

4 La probabilidad significa un acercamiento plausible al éxito de la acción emprendida, esto es, el juicio del sujeto cognoscente quien estima haberse acercado al resultado buscado, el conocimiento de la verdad, aunque reconoce no haberlo alcanzado totalmente; en otras palabras, no está convencido de estar en posesión de la verdad, pero cree que se ha aproximado bastante a ella. La probabilidad, conforme a su grado es positiva o negativa, según que los elementos de prueba que confirman la hipótesis superen a aquellos que la rechazan, aunque sin descartar absolutamente la solución contraria y viceversa. Intuitivamente, certeza o certidumbre se diferencia cualitativamente de probabilidad, pero la diferencia no es tan notable si exigimos una gran probabilidad [Maier, Julio, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, 2.ª ed., Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, t. I, pp. 843-847].

5 Oré Guardia, Arsenio, *Manual de derecho procesal penal. Las medidas de coerción en el proceso penal*, Lima: Editorial Reforma, 2014, t. II, p. 145.

Vigésimo octavo. Sobre los actos de investigación se debe realizar un análisis de suficiencia similar al que se hace en la etapa intermedia del nuevo proceso penal[6], se deben evaluar individualmente y en su conjunto, extrayendo su fiabilidad y aporte, a efectos de concluir si es que la probabilidad sobre el hecho es positiva. En caso que el fiscal se base en prueba indiciaria, deben cumplirse los criterios contenidos en la Ejecutoria Vinculante recaída en el recurso de nulidad número mil novecientos doce-dos mil nueve-Piura, de seis de septiembre del dos mil cinco[7].

Exigencia de análisis de suficiencia

Vigésimo noveno. Es necesario que el fiscal sustente claramente su aspecto fáctico y su acreditación. Así la defensa del imputado podrá allanarse o refutarlo, actuando positivamente por la irresponsabilidad, causa de justificación, inculpabilidad, error, etc., debiendo el juez valorarlos y pronunciarse por ambas, y si esta último está sólidamente fundamentada, hará decaer el *fumus delicti comissi*[8].

Sustentación del aspecto facticos y sus antecedentes

6. Sobre la prognosis de pena

Trigésimo. Como es doctrina consolidada la prognosis de pena implica un análisis sobre la posible pena a imponer. Es claro que no solo tiene

6 Como señala Asencio Mellado, el *fumus boni iuris* hace referencia a una apariencia jurídica de responsabilidad del imputado [...] No basta, pues, aunque la dificultad de concreción de estos criterios subjetivos de valoración es elevada, la concurrencia en el caso de meros indicios escasamente contrastados o de sospechas genéricas; se exigen, pues, elementos de convicción, pruebas directas o indirectas que sean plurales, coincidentes en un mismo resultado y fundadas. Esto tampoco significa que haya de concurrir la misma certeza y datos objetivos que los necesarios para producir una condena, entre otras cosas porque, en un momento inicial del proceso no existen pruebas en sentido estricto. Pero si, en definitiva, un juicio de probabilidad razonable y dentado en criterios objetivos suficientes [Asencio Mellado, José María, "La regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal del Perú", en Cubas Villanueva, Víctor; Yolanda Doig Díaz y Fany Soledad Quispe Farfán, (coordinadores), *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*, Lima: Palestra, 2005, p. 513].

7 [L]a Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en el citado Recurso de Nulidad, emitió Ejecutoria Vinculante respecto a la prueba indiciaría señalando que los elementos de esta son los referidos al indicio y la inferencia lógica, debiendo cumplirse las siguientes reglas: **i)** 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. **ii)** Deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa. **iii)** Deben ser concomitantes al hecho que se trata de probar. **iv)** Deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia.

8 Del Río Labarthe, Gonzalo, *La prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal*, Ara, Lima, 2008, p. 47.

que ver con la pena legal fijada, sino con una valoración transversalmente con el principio de lesividad y proporcionalidad, previstos en los artículos IV y VIII del Título Preliminar del Código Penal y/o de las diversas circunstancias, causas de disminución o agravación de la punición, fórmulas de derecho penal premial, que podrían influir sobre la determinación de la pena final, que no necesariamente va a ser la máxima fijada por ley.

Prognosis de la pena

Trigésimo primero. El artículo cuarenta y cinco-A del Código Procesal Penal, adicionado por la Ley número treinta mil setenta y seis, establece que la pena se aplica por tercios, inferior, intermedio y superior; será sobre la base de tres factores: **a)** Circunstancia generales atenuantes y agravantes, establecidos en el artículo cuarenta y seis, incisos uno y dos, incorporado por la Ley citada. **b)** Causales de disminución o agravación de la punición, siendo las primeras el error de prohibición vencible (artículo catorce del Código Penal), error de prohibición culturalmente condicionada vencible (artículo quince del Código Penal), tentativa (artículo dieciséis del Código Penal), responsabilidad restringida de eximentes imperfecta de responsabilidad penal (artículo veintiuno del Código Penal), responsabilidad restringida por la edad (artículo veintidós del Código Penal), complicidad secundaria (artículo veinticinco del Código Penal), y los segundos agravante por condición del sujeto activo (artículo cuarenta y seis-A del Código Penal), reincidencia (artículo cuarenta y seis-B del Código Penal), habitualidad (artículo cuarenta y seis-C del Código Penal)[9], uso de inimputables para cometer delitos (artículo cuarenta y seis-D del Código Penal), concurso ideal de delitos (artículo cuarenta y ocho del Código Penal), delito masa (artículo cuarenta y nueve del Código Penal), concurso real de delitos (artículo cincuenta del Código Penal), concurso real retrospectivo (artículo cincuenta y uno del Código Penal). Asimismo, se debe tener en cuenta la regla establecida en el artículo cuarenta y cinco del Código Penal y las fórmulas de derecho premial, como confesión, terminación anticipada del proceso, conformidad del acusado con la acusación y colaboración eficaz. Este listado no es taxativo, por lo que el Juez puede fundarse en otra circunstancia que modifique la pena, siempre que lo justifique en la resolución.

Individualización de la pena

Trigésimo segundo. Será desproporcional dictar una medida de prisión preventiva a quien sería sancionado con una pena privativa de libertad suspendida, estableciendo el artículo cincuenta y siete del Código Penal

Prisión preventiva

9 Estos últimos (reincidencia y habitualidad), solo pueden valorarse para este elemento, pues en otro supondría un anticipo de pena o responsabilidad del autor.

que podría ser cuando la pena sea menor de cuatro años y no haya proclividad a la comisión de delitos.

7. Sobre el peligro procesal: de fuga

Trigésimo tercero. El peligro procesal es el elemento más importante de esta medida y la razón por la que se dicta, lo que ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional en las sentencias recaídas en los expedientes números mil noventa y uno-dos mil dos-HC/TC y dos mil doscientos sesenta y ocho-dos mil dos-HC/TC. Se divide en dos: **i)** Peligro de fuga. **ii)** Peligro de obstaculización probatoria.

Peligro de fuga

Trigésimo cuarto. El aspecto que es de conocimiento de este Supremo Tribunal es el de peligro de fuga, reconocido por el inciso cinco del artículo siete de la Convención Americana de Derechos Humanos y el inciso tres del artículo nueve del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que autorizan la medida de prisión preventiva para asegurar la presencia del imputado al juicio u otras diligencias. En esa línea se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, Barreto Leiva vs. Venezuela y J vs. Perú (donde se señaló que el peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación en cada asunto, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto). En el mismo sentido, se tiene el informe número dos/noventa y siete de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en las sentencias Letellier vs. Francia, Stogmuller vs. Austria e Imre vs. Hungría.

Antecedentes del peligro de fuga

Trigésimo quinto. El Código Procesal Penal, Decreto Legislativo novecientos cincuenta y siete, a efectos de reconocer la existencia de este peligro en su artículo doscientos sesenta y nueve establece una serie de criterios (no taxativos) que debe evaluar el juez de la investigación preparatoria para determinar que existe la probabilidad que el imputado se sustraiga del proceso: **i)** El arraigo. **ii)** La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento. **iii)** La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo. **iv)** El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal. **v)** La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas.

Criterios para determinar el peligro de fuga

7.1. Arraigo

Trigésimo sexto. El primer inciso del referido artículo, establece una serie de situaciones de las que se debe extraer la presencia o no de arraigo. Este elemento exige establecerse de manera permanente en un lugar, vinculándose a personas y cosas[10]. El Código Procesal Penal señala que el arraigo en el país del imputado está determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.

Arraigo

Trigésimo séptimo. Toda vez que los criterios para establecer peligro procesal no son taxativos, tampoco los del arraigo. El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente número mil noventa y uno-dos mil dos-HC/TC[11], señaló que la posesión de bienes generaba arraigo[12], de ahí que el juez pueda considerar otro elemento para considerarlo, siempre que lo justifique en su resolución.

Supuestos de arraigo

Trigésimo octavo. Como señala Del Río Labarthe[13] estas especies de arraigo (familiar, laboral, posesión y titularidad de bienes) son criterios que antes que justificar la prisión preventiva, en realidad desincentivan la fuga del imputado; sin embargo, su ausencia también permite valorar, con otros factores, el riesgo de fuga.

Especies de arraigo

Trigésimo noveno. Esto ha sido recogido en la Resolución Administrativa número trescientos veinticinco-dos mil once-P-PJ, de trece de septiembre de dos mil once, elaborado sobre la base de la Constitución Política del Estado, Código Procesal Penal, jurisprudencia internacional y nacional, doctrina, etc., entonces, no existe ninguna razón jurídica para entender que la presencia del algún tipo de arraigo (criterio no taxativo) descarta, a priori, la utilización de la prisión preventiva.

Suficiencia del arraigo

10 Guitérrez de Cabiedes, Pablo, *La prisión provisional*, Thomsom-Aranzadi, Navarra, 2004, p. 151.

11 STC Exp. N.° 1091-2002-HC/TC, caso *Silva Checa*, del 12-08-02.

12 STC Exp. N.° 5490-2007-HC/TC, caso *Rodríguez Domínguez*, de 27-11-07, expresó que el juez emplazado no tuvo en consideración distintos elementos significativos para determinar el grado de coerción personal que debió imponérsele al recurrente, como fueron sus valores como hombre de derecho, su producción intelectual, su ocupación profesional en el campo legal, su manifiesto arraigo familiar y otros que, razonablemente, le hubiesen permitido al demandado descartar la más mínima intención del actor ocultarse o salir del país,

13 Del Río Labarthe, Gonzalo, "La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en Hurtado Pozo, José (Director), *Anuario de Derecho Penal*, Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2008, p. 112.

Cuadragésimo. Tampoco la sola situación de inexistencia de arraigo genera que deba imponerse necesariamente la prisión preventiva (ejemplo, ser extranjero no genera la aplicación automática de la prisión preventiva), sobre todo cuando existen otras que pudieran cumplir estos fines. Por lo que este requisito, debe valorarse en conjunto con otros, para establecer si es que en un caso concreto existe o no peligro de fuga.

Inexistencia del arraigo

7.2. Gravedad de la pena

Cuadragésimo primero. A diferencia del analizado en los considerandos trigésimo al trigésimo segundo, no es un elemento de proporcionalidad, sino un dato objetivo que se basa en una máxima de la experiencia, como es que ante un peligro de aplicación de grave pena, el imputado puede temer condena en ese sentido y fugar.

Gravedad de la pena

Cuadragésimo segundo. La sola presunción de fuga, no puede sustentar un pedido de prisión preventiva. El informe dos noventa y siete de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos indicó que no basta la seriedad de la pena a imponerse, pues la posibilidad que el procesado eluda la acción de la justicia debe ser analizada considerando varios elementos, incluyendo los valores morales (comportamiento en este, en otro proceso, antecedentes, etc.) demostrados por la persona, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que le mantendrían en el país, además de una posible sentencia prolongada. Del mismo criterio es la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos López Álvarez vs. Honduras, Bayarri vs. Argentina y J vs. Perú; y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Neumeister vs. Austria, pues de otra forma la adopción de esta medida cautelar privativa de libertad se convertiría en un sustituto de la pena de prisión.

Presunción de fuga

Cuadragésimo tercero. Entonces, de la gravedad de la pena sólo se obtiene un dato sobre el peligro de fuga, el cual debe ser valorado en conjunto con otros requisitos que también lo sustenten, así como ocurre con el arraigo.

Gravedad de la pena y peligro de fuga

Cuadragésimo cuarto. En el caso de autos la resolución de primera instancia fundamenta el peligro de obstaculización probatoria y fuga con este solo dato.

7.3. La magnitud del daño causado

Cuadragésimo quinto. Antes de la modificación operada por la ley número treinta mil setenta y seis, el criterio que regulaba el inciso tres del artículo doscientos sesenta y nueve del Código Procesal Penal era:

La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta, voluntariamente, frente a él. Aspecto criticado, pues se incorporaba aspectos de responsabilidad civil a medidas de carácter personal, a tal punto que el criterio que el imputado no adopte una actividad voluntaria de reparar un daño —respecto del cual no ha sido declarado responsable—, no podría considerarse como una muestra de riesgo de fuga[14].

Importancia del daño razonable

Cuadragésimo sexto. La ley citada modifica este criterio, ahora lo que se debe valorar es: La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo. El contenido de la primera parte de este criterio sigue siendo confuso, pues se podría entender como una referencia a la forma de realización del ilícito penal, a la especial violencia o gravedad con que se ha cometido, lo que directamente supondría un criterio que quiere evitar el riesgo de una posible reiteración delictiva[15], lo que es inaceptable en una medida cautelar, que no se orienta en fines preventivos propios de la pena, sino en el peligro procesal. Esto se agravaría si se considerara que a lo que hace referencia es a la reacción que el delito produce en la sociedad, la repulsa ante la comisión de ciertos hechos, pues en este caso la prisión preventiva constituiría una sanción que satisface a la sociedad, a la par de una medida de seguridad de carácter preventivo[16].

Magnitud del daño causado

Cuadragésimo séptimo. Tampoco se puede entender como una referencia a la reparación civil, pues la importancia del daño civil, está ligada a la pretensión civil, y su riesgo (*periculum in mora*) tiene diversos medios de protección de esa naturaleza (embargo, incautación, desalojo preventivo, etc.), que no tiene que ver con el peligro procesal de esta medida cautelar personal.

Referencia a la reparación civil

Cuadragésimo octavo. En consecuencia, la única forma de interpretación no lesiva a derechos del imputado es la que hace referencia a la gravedad del delito, vinculado a las circunstancias que agravarían la pena a imponer.

Criterio de reparación civil inaceptable

14 Del Río Labarthe, Gonzalo, *La prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal*, cit., p. 58.

15 Asencio Mellado, José María, *La prisión provisional*, tesis presentada a la Universität d'Alacant para optar el grado académico de Doctor, Alicante, 1986, pp. 111 y 112. Disponible en: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/3483>.

16 Citando la STC 0791-2002-PHC/TC, vid. Del Río Labarthe, Gonzalo, "*La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*", cit., p. 115. También: Asencio Mellado, José María, *La prisión provisional*, cit., p. 113.

Cuadragésimo noveno. La propia redacción de la segunda parte de este criterio "ausencia de una actitud voluntaria del imputado para reparar el daño", implica que no estamos ante circunstancias del hecho, sino ante un criterio de reparación civil inaceptable.

Reparación y peligro procesal

Quincuagésimo. La reparación del agraviado poco tiene que ver con el peligro procesal, sin embargo, atendiendo a una correcta interpretación, la actitud del imputado luego de cometido el delito, ayudará a acreditar su buena conducta en el proceso penal.

7.4. Comportamiento procesal

Quincuagésimo primero. Este es uno de los más importantes, pues permite hacer una efectiva prognosis de la probabilidad de fuga del imputado sobre la base de la real conducta que ha manifestado a lo largo de la investigación u otras etapas que están ligadas a la huida o intento de fuga, como son la asistencia a diligencias, el cumplimiento de reglas establecidas por una medida cautelar alternativa, la voluntad dilatoria del imputado, declaraciones de contumacia, falta de pago de la caución (cuando está válidamente constituida), etc[17].

Comportamiento procesal y probabilidad de fuga

Quincuagésimo segundo. También se deben analizar las conductas que fuera del tipo penal ocurren con inmediatez al hecho, por ejemplo,

Conductas que ocurren después del hecho

17 *Vid.* Del Río Labarthe, Gonzalo, *La prisión preventiva del nuevo Código Procesal Penal*, cit., pp. 59 y 60; y, Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl, *Exegesis del nuevo Código Procesal Penal*, Rhodas, Lima, p. 716, citado por Pérez López, Jorge, "El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva", en Urquizo Videla, Gustavo y Peña Suasnabar, Jony (coordinadores), *Estudios sobre medidas cautelares en el proceso penal*, Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 368 y 369. El Tribunal Constitucional en la STC recaída en el Exp. N.° 03075-2010-PHC/TC señaló que el imputado, en razón de sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permite colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización), pues el recurrente no ha concurrido a la audiencia de prisión preventiva programada con fecha 7 de mayo del 2010 a la horas 8:30 a.m., pretendiendo frustrar dicha diligencia impostergable con la presentación por mesa de partes de un certificado médico particular suscrito por un Gineco Obstetra (especialista en enfermedades femeninas) mediante escrito firmado por su abogado defensor, el mismo día de la diligencia a horas 8:45 a.m., dejando constancia la Sala que dicho escrito ha sido firmado por el recurrente quien había tenido tiempo para acudir tanto donde su abogado así como al consultorio médico legista, todo ello aunado a que el recurrente no asiste a las diligencias como son la visualización de video y tampoco ha pagado la caución impuesta en primera instancia, así como ha pretendido devolver la cédula de citación de audiencia, lo que evidencia un claro propósito de entorpecer el curso normal del proceso, constituyendo ello un claro peligro procesal.

la persona que luego de cometer el delito, consciente de ello fuga del lugar de los hechos.

Quincuagésimo tercero. No son admisibles como criterios para determinarlo, la actitud legítima adoptada por el procesado en ejercicio de algún derecho que el ordenamiento le ha reconocido[18], así, el hecho de no confesar el delito atribuido no puede ser considerado como un mal comportamiento procesal.

Quincuagésimo cuarto. La segunda parte de este criterio (en otro procedimiento anterior), debe ser analizado con mayor rigurosidad, pues se hace la prognosis sobre un comportamiento anterior y lejano, que debe ser evaluado de conformidad con otros presupuestos del peligro de fuga. Asimismo, el hecho que en un anterior proceso se le impuso una prisión preventiva (o mandato de detención), no autoriza al juez a imponer, por su solo mérito, una en el actual proceso.

Prognosis sobre un comportamiento anterior

Quincuagésimo quinto. En el caso de autos, se advierte como hecho imputado por el fiscal que el investigado, luego de cometer el delito, procedió a lavar completamente el cadáver, para luego vestirlo y una vez colocado el cuerpo en posición de cúbito dorsal, se puso al lado izquierdo y premunido de un instrumento punzocortante procedió a inferirle las heridas punzopenetrantes que presenta el cadáver en el tórax y abdomen. Finalmente, abandonó el cadáver en el fundo de propiedad de Lidia Colque Calizaya —extensión agrícola— ubicado en la avenida Paisajista s/n del sector El Rayo del centro poblado Los Ángeles, del cercado de Moquegua, provincia de Mariscal Nieto, departamento de Moquegua (a doscientos metros del Puente El Rayo). Antes procedió a deslizar el pantalón y ropa interior de la agraviada hasta la altura del muslo, como se ve de la silueta de dedos de mano del agresor en el cuerpo de la agraviada, con el objeto de simular una supuesta violación.

Quincuagésimo sexto. Los que constituyen serios elementos de peligro de obstaculización probatoria, que debe valorarse en conjunto, con los demás requisitos, debiendo quedar claro que no constituyen actos de peligro de fuga.

7.5. La pertenencia a una organización criminal

Quincuagésimo séptimo. Como señala la circular Resolución Administrativa número trescientos veinticinco-dos mil once-P-PJ, la

18 Oré Guardia, Arsenio, *Manual de derecho procesal penal. Las medidas de coerción en el proceso penal,* cit., p. 59.

pertenencia o integración de un imputado a una organización delictiva[19] o banda es un criterio clave en la experiencia criminológica para atender a la existencia de un serio peligro procesal, tanto en el ámbito de la fuga como en el de la obstaculización probatoria. Las estructuras organizadas (independientemente del nivel de organización) tienden a generar estrategias y métodos para favorecer la fuga de sus pares y para contribuir en la obstaculización probatoria (amenaza, "compra", muerte de testigos, etcétera), de ahí que en ciertos casos solo baste la gravedad de la pena y este criterio para imponer esta medida.

Quincuagésimo octavo. Para fundamentar este extremo no basta con indicar que existe una organización criminal, sino sus componentes (organización, permanencia, pluralidad de imputados e intención criminal), así como la vinculación del procesado. Asimismo, motivar qué peligro procesal se configuraría al pertenecer a esta organización.

8. Análisis del caso concreto

8.1. Sobre la vulneración de garantías constitucionales de carácter procesal

Quincuagésimo noveno. El fiscal recurrente señala que la Sala de Apelaciones fundamentó su decisión en hechos no alegados por el impugnante y en argumentos no cuestionados tácita ni expresamente por este, pues la defensa no expresó en qué documentos se acreditaría el arraigo, sin embargo, suplió la actividad de la defensa y obtuvo esta información del expediente judicial.

Sexagésimo. La defensa no señaló las fojas en su recurso de apelación y la grabación en audio de la audiencia, pero sí fue un agravio que sustentó por escrito y oralmente, por lo que, correspondía al juez verificar su existencia y darles el valor correspondiente. el hecho que el juez debe tomar una decisión adecuada fáctica y jurídicamente, sobre la base de lo actuado y contradicho en la audiencia no colisiona con la comprobación de su autenticidad; que vulnere su imparcialidad o el principio de contradicción, toda vez que esta información ha sido discutida en la audiencia y no fue incorporada unilateralmente por el juez y era de conocimiento del fiscal desde que se corrió traslado del recurso de apelación.

Sexagésimo primero. El otro agravio del fiscal se sustenta en que el imputado señaló "haber sido citado en varias oportunidades", por lo que la Sala consideró que no habría peligro de obstaculización probatoria,

19 Prado Saldarriaga, Víctor, *Criminalidad organizada*, Lima: Idemsa, 2006, p. 44.

pero esto no fue alegado por la defensa del imputado, de ahí que oficiosamente obtuvo información del expediente judicial.

Sexagésimo segundo. Si bien la defensa no expresó la falta de peligro de obstaculización probatoria, en la audiencia el imputado pidió expresamente que se tenga en cuenta que asistió a todas las citaciones, competiéndole al juez verificarlo, por lo que no se ha vulnerado ningún derecho ni principio como se indicó, especialmente si el fiscal tuvo la oportunidad de controvertirlo y no lo hizo.

8.2. Sobre la motivación del requerimiento de prisión preventiva

Sexagésimo tercero. El fiscal provincial en su requerimiento escrito de prisión preventiva para establecer el primer elemento solo relató los hechos imputados sin ligar separadamente, por cada uno, los elementos de convicción que lo sustentarían. Tampoco indicó separadamente los dispositivos legales, incisos y causales de la existencia de peligro procesal, conforme se advierte del considerando tercero de la presente resolución. Vulnerándose el artículo ciento veintidós del Código Procesal Penal que establece que los requerimientos deben ser motivados fáctica y jurídicamente.

Sexagésimo cuarto. Al declarase fundado este requerimiento se produce una grave vulneración, pues la defensa no supo de qué defenderse, si bien el órgano fiscal no restringe derechos fundamentales, si requiere su afectación, por lo que estos actos deben ser realizados de la forma más correcta posible, fundamentando cabalmente su solicitud, de otra forma no tendrá eficacia.

Sexagésimo quinto. Como señala el artículo ciento cincuenta y cuatro del Código Procesal Penal la nulidad de un acto anula todos los efectos o actos consecutivos que dependen de él. en ese sentido, los vicios hallados en las resoluciones cuestionadas tienen directa vinculación con el requerimiento del fiscal, por lo que deben acarrear tal consecuencia para ambos y emitirse un nuevo pedido fiscal y sustentarse en una nueva audiencia, puesto que la estimación del recurso de casación solo trae consigo un juicio rescindente —inciso primero del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal—.

Sexagésimo sexto. A su vez, el Juzgado de Investigación Preparatoria, conforme se advierte del considerando cuarto de la presente, similarmente redactó los hechos imputados e inmediatamente sintetizó una serie de elementos de convicción; sin embargo, no indicó cuál acto de investigación acreditó qué hecho de la imputación.

Sexagésimo séptimo. La Sala Penal no valoró toda la información que se desprendía del caso, como la actitud del imputado de modificar la escena del crimen, tratando de confundir un caso de homicidio calificado con uno de violación sexual, que, como se indicó, implica un peligro de obstaculización probatoria que debe ser evaluada con otros elementos configuradores del peligro de fuga como la gravedad de la pena.

Sexagésimo octavo. Asimismo, sustentó el peligro de obstaculización probatoria en la sola gravedad de la pena, lo que no es pertinente, pues de esta se extrae peligro de fuga.

Sexagésimo noveno. Esto implica una motivación aparente de la resolución (que se presenta cuanto la resolución no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión, intentando dar un cumplimiento formal al mandato de motivación, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico), toda vez que no se puede afirmar por el solo mérito de la gravedad de la pena que el imputado se dispondrá a realizar actos en contra de la investigación, y por ello el juez de la investigación preparatoria no indicó en qué consistiría la posible obstrucción probatoria; vulnerando de esta forma la motivación de las resoluciones señalado en los considerandos anteriores, específicamente, lo previsto en el artículo doscientos setenta y uno, inciso tres, del Código Procesal Penal que señala: "El auto de prisión preventiva será especialmente motivado, con expresión sucinta de la imputación, de los fundamentos de hecho y de derecho que lo sustente, y la invocación de las citas legales correspondientes".

Septuagésimo. No obstante estar fuera de lugar la alegaciones de la Fiscalía casacionista, la Sala de Apelaciones al resolver, no tomó en cuenta todas las infracciones a la motivación reseñadas, por lo que no correspondía una resolución revocando o confirmando la medida, sino una anulándola y mandando que se realice de nuevo la audiencia de primera instancia.

Septuagésimo primero. Esta medida cautelar exige una especial fundamentación, que justifique pormenorizadamente su adopción, lo que se logra con el método de audiencia desarrollado.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, en relación con la causal de inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal, interpuesto por el representante del Ministerio Público de la Primera Fiscalía Superior Penal de Moquegua, contra el

auto de vista del veintiuno de octubre de dos mil trece, obrante a fojas doscientos setenta y tres, que por mayoría revocó la resolución del veintiséis de septiembre de dos mil trece, que declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva contra Marco Antonio Gutiérrez Mamani y reformándola: dictaron en su contra comparecencia con restricciones sujeta al cumplimiento de las siguientes reglas de conducta: a) Comparecer quincenalmente al Juzgado de Investigación Preparatoria que previno, a efectos de registrar su asistencia e informar de sus actividades. b) No variar su domicilio ni salir de la ciudad sin autorización judicial. c) Abstenerse de cercanía a la familia de la víctiOma y testigos, inclusive la comunicación telefónica. d) Prohibición de frecuentar lugares de expendio de bebidas alcohólicas y drogas. e) Obligación de concurrir puntualmente a todas las citaciones que efectúe el Ministerio Público en la investigación preparatoria en curso, así como a las que realice el órgano jurisdiccional. f) Pagar una caución económica de siete mil nuevos soles, previa a la excarcelación. Bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de revocarse la decisión; en el proceso que se le sigue por la presunta comisión del delito contra la vida, el cuerpo y la salud- homicidio calificado, previsto en el inciso tres del artículo ciento ocho del Código Penal, en agravio de Mirian Erika Aucatinco López; con lo demás que contiene. En consecuencia: **NULO** el citado auto de vista del veintiuno de octubre de dos mil trece, obrante a fojas doscientos setenta y tres y la resolución de primera instancia del veintiséis de septiembre de dos mil trece, de fojas doscientos veintiséis.

II. ORDENARON que otro Juzgado de Investigación Preparatoria cumpla con dictar nueva resolución previa audiencia con las garantías conforme a la parte considerativa.

III. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por intermedio de la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

IV. ESTABLECER como doctrina jurisprudencial vinculante el sentido de los fundamentos vigésimo cuarto, vigésimo séptimo al vigésimo noveno, trigésimo primero, trigésimo segundo, trigésimo noveno, cuadragésimo, cuadragésimo tercero, cuadragésimo octavo al quincuagésimo, quincuagésimo tercero, quincuagésimo cuarto y quincuagésimo octavo de la parte considerativa de la presente ejecutoria.

V. ORDENAR se transcriba la presente Ejecutoria a las Cortes Superiores de Justicia del Perú, para su conocimiento y fines, y se publique en el diario oficial *El Peruano*.

VI. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelvan los autos al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

S.S. VILLA STEIN /RODRIGUEZ TINEO /PARIONA PASTRANA /NEYRAFLORES /LOLI BONILLA

2.
CASACIÓN N.º 147-2016-LIMA
NATURALEZA DE LA MEDIDA COERCITIVA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Casación	**N.º 147-2016-Lima**
Fecha	06.07.2016
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponente	Josúe Pariona Pastrana
Tema	Naturaleza de la medida coercitiva de la prisión preventiva.
Doctrina jurisprudencial	ff. jj. n.ºs 2.2.4. 2.3.11 y 2.4.2
Concordancia	Código Procesal Penal: arts. IV, VII, 253, 255, 272, 274, 342 y 409.1
SUMILLA: Establecen doctrina jurisprudencial sobre la inexistencia de la prórroga de la prisión preventiva, interpretación de la congruencia en el recurso de apelación y requisitos de la prolongación de prisión preventiva.	

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 147-2016
LIMA

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, seis de julio de dos mil dieciséis

VISTOS; los recursos de casación excepcional interpuestos por el representante del Ministerio Público y por la defensa técnica del investigado Gregorio Santos Guerrero contra la resolución número ocho del primero de setiembre de dos mil quince —fojas ciento noventa y dos— que revocó la resolución del catorce de agosto de dos mil quince, en el extremo que declaró infundado el requerimiento de prórroga de prisión preventiva contra el referido investigado por el plazo de cuatro meses, y reformándolo declaró improcedente el extremo del requerimiento de prórroga de prisión preventiva solicitada por el Ministerio Público; y confirmó

dicha resolución en el extremo que declaró fundado el requerimiento de prolongación de prisión preventiva contra Gregorio Santos Guerrero; y, revocaron el extremo del plazo de dieciocho meses de prolongación de prisión contra el citado investigado, reformándolo se le otorga el plazo de once meses de prolongación de prisión preventiva contra el citado investigado. Interviene como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana; y, **CONSIDERANDO:**

I. ANTECEDENTES

1.1. Imputación Fiscal

1.1.1. El representante del Ministerio Público señala como imputación genérica el hecho que al interior del Gobierno Regional de Cajamarca y la Unidad Ejecutora Regional-PROREGIÓN se gestó una organización criminal destinada a cometer delitos contra la administración pública, en los diversos procesos de selección convocados por PROREGIÓN, especialmente destinada a favorecer a determinados grupos de empresas vinculados a los ciudadanos Wilson Manuel Vallejos Díaz y Crysti Soledad Varas Langle.

1.1.2. Esta organización criminal estaría integrada por una pluralidad de personas, organizadas estructuradamente en función a criterios de jerarquía, liderada por el Presidente Regional de Cajamarca Gregorio Santos Guerrero [quien a su vez se desempeñaba como Presidente del Comité Directivo de PROREGIÓN- e integrada por su ex director ejecutivo José Panta Quiroga, su ex administrador Juan Ricardo Coronado Fustamente, el jefe de la Unidad de Ingeniería Herbert Wilderd Bravo Saucedo, el jefe de la Oficina de Asesoría Legal Fuadd Abdala Samhan Graham, el jefe de la Unidad de Tesorería Aristides Atilo Narro Mirando, el jefe de la Unidad de Adquisiciones Segundo Rudecindo Calua Gamarra, el trabajador de la oficina de programación y presupuesto Percy Martín Flores del Castillo; así como los particulares Wilson Manuel Vallejos Díaz, Crysti Soledad Varas Langle y su trabajador Johan Jerry Zavala Ledezma. Asimismo, existiría una distribución funcional donde cada integrante desempeñaba un rol concreto, ya sea aprovechándose de su calidad de funcionario público o de *extraneus* vinculado a las personas jurídicas que participan en procesos de selección. También existiría una vocación de permanencia, pues dicha organización actúa desde el dos mil once, incluso posteriormente, durante el tiempo que se ejecutó y liquidó los diversos procesos de selección adjudicados al grupo de empresas vinculadas a la asociación ilícita.

1.2. Itinerario del proceso

1.2.1. En el presente caso, el trece de mayo de dos mil catorce se emitió la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria contra el cesado Gregorio Santos Guerrero y otros, por delitos de colusión y otros, en agravio del Estado; además, declaró compleja la causa, estableciendo un plazo de ocho meses, la misma que se amplió por resolución del diecinueve de enero de dos mil quince por once meses.

1.2.2. Por otro lado, la medida cautelar de prisión preventiva se dictó por catorce meses, desde el veinticinco de junio de dos mil catorce hasta veinticuatro de agosto de dos mil quince. El Fiscal mediante un escrito presentado el seis de agosto de dos mil catorce —fojas uno—, requirió una prolongación de la prisión preventiva, esto es, antes de su culminación, solicitando una prórroga de cuatro meses (para completar los dieciocho meses del plazo ordinario) y una prolongación de dieciocho meses más.

1.2.3. Ante ello, el Juez de Investigación Preparatoria declaró infundado el requerimiento de prórroga de prisión preventiva por cuatro meses, y fundado el requerimiento de prolongación de prisión preventiva en contra del investigado Gregorio Santos Guerrero, por dieciocho meses [véase resolución obrante a fojas setecientos uno].

1.2.4. Decisión que fue apelada tanto por el investigado Santos Guerrero y por el representante del Ministerio Público, emitiéndose la resolución que obra a fojas ochocientos dieciocho, del uno de setiembre de dos mil quince, considerando que "El Colegiado considera que el plazo de prolongación de prisión preventiva debe sujetarse estrictamente a parámetros proporcionales de duración y que la misma debe cumplir las exigencias procesales para su dictado —desarrollo por el Colegiado en los considerados undécimo al décimo tercero—. Asimismo, debe considerarse desde la fecha en que se materializó la privación de libertad contra el investigado aludido en el caso sub materia, el plazo judicial primigeniamente determinado por el *Ad quo*; en esta circunstancia que demanda el Ministerio Público una actuación procesal diligente y razonable. En el presente caso, se tiene que el Juez de Garantías señaló como plazo de prolongación de prisión preventiva el de dieciocho meses, siendo esta última superior al plazo inicial de catorce meses y teniendo en consideración los fundamentos undécimo al décimo tercero de la presente resolución, es que debe reducirse el señalado por el Juez de primera instancia y dictarse un plazo de once meses de prolongación de prisión preventiva contra el investigado".

1.2.5. Tal decisión fue impugnada por el representante del Ministerio Público y el investigado Gregorio Santos Guerrero, quienes interpusieron sus recursos de casación, sosteniendo cada uno lo siguiente:

A) El representante del Ministerio Público fundamenta su recurso de casación excepcional —fojas doscientos uno—, invocando el inciso 4 del artículo 427° del Código Procesal Penal, vinculándola con la casual prevista en el inciso 1 del artículo 429° del referido texto procesal, alegando que: **i)** Se emitió una resolución que transgrede la seguridad jurídica, pues en violación del principio de congruencia procesal se resolvió más allá de lo solicitado por las partes; **ii)** El Tribunal de Mérito no puede fundamentar el fallo en temas que no fueron materia de contradicción oportuna ni alegado por las partes procesales; **iii)** El investigado Gregorio Santos Guerrero no alegó que el plazo de dieciocho meses de prolongación preventiva concedida por el *Ad quem* no era razonable ni proporcional, muy por el contrario ha reiterado que no se cumplió con los presupuestos para que se prolongue la medida coercitiva; **iv)** Se meritúo el plazo de prolongación de la prisión preventiva sin que haya sido objeto de apelación de las partes, transgrediéndose los principios procesales de *ultra petita*; **v)** El presente proceso fue declarado hipercomplejo, conforme lo establecido por la Ley número 30077 contra el crimen organizado, por tratarse de pluralidad de investigados, de delitos, medios probatorios complejos, y sin haber alegado las partes se redujo el plazo de prolongación de prisión preventiva, bajo argumentos individualistas e ilógicos; **vi)** Se hace una proyección errada de la investigación del proceso, que es competencia del Ministerio Público, y según la estrategia del caso pone en riesgo los fines de la investigación y del proceso al reducir el plazo de la prolongación de prisión preventiva; y, **vii)** El Colegiado no ha tomado en consideración que cuando el Juez de garantías declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva por catorce meses, los presupuestos a la actualidad variaron notablemente y el caso cambió su calidad de complejo a hipercomplejo. **Asimismo, indica su interés casacional para desarrollo de doctrina jurisprudencial, señalando que: "Fije los alcances del principio de congruencia procesal consagrados en el artículo 409°. 1 del Código Procesal Penal, lo que permitirá responder a los supuestos de si la Sala Superior puede resolver más allá del objeto de apelación, el mismo que solo está delimitado a las partes".**

B) La defensa técnica del investigado Gregorio Santos Guerrero fundamenta su recurso de casación excepcional —fojas doscientos veinticuatro— invocando la casación excepcional prevista en el

inciso 4 del artículo 427° del Código Procesal Penal, sosteniendo que: **i)** La recurrida obvió considerar que la pesquisa data del dieciocho de setiembre de dos mil doce y luego de su formalización y continuación los cargos están delineados en las disposiciones fiscales que fueron investigados durante más de un año, lo que explica formalmente por qué este proceso fue calificado como complejo y luego hipercomplejo, figura no prevista en el Código Adjetivo, **ii)** La instancia de mérito no ha precisado una sola manifestación o hecho sobre el peligro procesal de fuga y el entorpecimiento a la actividad probatoria, **iii)** No se motivó cuáles son los parámetros de la razonabilidad y proporcionalidad para que el recurrente permanezca once meses más privado de su libertad. **Asimismo, expone que es necesario desarrollar doctrinalmente que "La prolongación de la prisión preventiva no debe respaldarse en la complejidad establecida desde el inicio de la causa, sino de requerir que en forma concreta se precise cuáles son las circunstancias que generan especial dificultad en el desarrollo de la investigación y del proceso".**

1.2.6. En mérito a ello, este Tribunal Supremo emitió la Ejecutoria Suprema del veintidós de abril de dos mil dieciséis —fojas sesenta y siete del cuadernillo— declarando bien concedido los recursos de casación [descritos líneas arriba] señalando que es necesario desarrollar jurisprudencialmente y también respecto al Plazo de la investigación preparatoria: **"Si la entrada en vigencia de una norma procesal, se debe de aplicar en casos perpetrados con anterioridad de su vigencia, aun cuando colisione con el derecho fundamental a la libertad del imputado, teniendo en cuenta que su interpretación y aplicación debe ser restrictiva, conforme lo prevé el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal".**

1.2.5. Deliberada la causa en sesión secreta y producida la votación, corresponde dictar sentencia absolviendo el grado, que se leerá en acto público —con las partes que asistan— el doce de julio de dos mil dieciséis.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

2.1. Respecto al ámbito de la casación

2.1.1. Se encomienda al Tribunal de Casación, como cabeza del Poder Judicial, dos misiones fundamentales en orden a la creación de la doctrina legal en el ámbito de la aplicación e interpretación de las normas jurídicas: **(a)** la depuración y control de la aplicación del Derecho por los Tribunales de instancia, asegurando el indispensable

sometimiento de sus decisiones a la Ley (función nomofiláctica); y, **(b)** la unificación de la jurisprudencia, garantizando el valor de la seguridad jurídica y la igualdad en la interpretación y aplicación judicial de las normas jurídicas (defensa del *ius constitutionis*); bajo ese tenor, en sede casacional, dichas misiones se estatuyen como fundamento esencial de la misma, en consecuencia, las normas que regulan el procedimiento del recurso de casación deben ser interpretadas bajo dicha dirección.

2.1.2. La casación número 389-2014-San Martin, de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, de siete de octubre del dos mil quince, estableció la casación de oficio en la calificación del recurso o en la propia audiencia de Casación, como en este caso, que se establecerá doctrina jurisprudencial sobre la inexistencia de la prórroga y la vulneración al principio de legalidad en que incurren los órganos judiciales, pues la resolución materia de grado versa sobre este problema planteado en el proceso de reforma procesal, toda vez que se ha creado pretorianamente esta figura que corresponde corregir.

La Casación de oficio

2.2. Del motivo casacional de oficio: para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial sobre la prórroga de la prisión preventiva

2.2.1. La duración de la medida de prisión preventiva está regulada en el artículo 272 del Código Procesal Penal, estableciendo en procesos comunes nueve meses y en complejos que no durará más de dieciocho meses.

Regulación de la prisión preventiva

2.2.2. El artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Penal regula la legalidad de las medidas limitativas de derecho, con el que concuerdan los artículos 253º, inciso 1, 2 y 3 del mismo texto legal, señalando que los derechos fundamentales, entre ellos la libertad individual, solo pueden ser restringidos en el marco del proceso penal y si la ley lo permite y con las garantías previstas en ella. Para ello, se requiere expresa autorización legal, con respeto al principio de proporcionalidad y siempre que existan suficientes elementos de convicción.

Regulación de las medidas limitativas de derechos

2.2.3. La prórroga (o ampliación) no está prevista legalmente en el Código Procesal Penal. Así lo ha considerado la Sala Penal Especial de la Corte Suprema en la Apelación Nº 03-2015 "22" —Caso Torrejón Guevara— sobre prisión preventiva, resuelta el nueve de junio de dos mil dieciséis y el Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal realizado en Chiclayo el veintiséis y veintisiete de junio de dos mil quince que determinó por MAYORIA que: "Una vez dictada la prisión por un plazo menor al máximo legal, no es posible la ampliación del plazo, sino la prolongación de la prisión preventiva".

Inexistencia de la prórroga de la prisión preventiva

2.2.4. En consecuencia, el requerimiento del fiscal con la denominación de prorroga o ampliación no existe; por lo que, cuando se ha solicitado aquello, ante el vencimiento del plazo máximo de prisión preventiva y/o del plazo judicial establecido inferior, el imputado deberá ser excarcelado, salvo que con arreglo al artículo 274 CPP, solicitare el Ministerio Público la prolongación del plazo de prisión preventiva[1].

2.3. Del motivo casacional: para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial sobre congruencia

2.3.1. Propuesta del representante del Ministerio Público

> "[Advertir] los alcances del principio de congruencia procesal consagrados en el artículo 409º.1 del Código Procesal Penal, lo que permitirá responder a los supuestos de si la Sala Superior puede resolver más allá del objeto de apelación, el mismo que solo está delimitado a las partes".

Alcances del principio de congruencia

2.3.2. En primer lugar, el ***principio de limitación***[2] se encuentra previsto en el artículo 409º, numeral 1, del Código Procesal Penal que señala:

> "La impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante".

2.3.3. El recurrente plantea los límites del recurso en su petitorio. "Así, en materia procesal penal el hecho de interponer un medio impugnatorio determina la competencia y alcances de conocimiento del órgano jurisdiccional superior en aplicación del ***principio de limitación*** que determina que no puede pronunciarse más allá de lo pedido por las partes, salvo los casos de "nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante"[3].

Principio de limitación

2.3.4. La regla es que el recurso se desenvuelve según los marcos planteados por el recurrente. Esto implica que la Sala de Apelaciones se encuentra vinculada a los marcos tácticos y jurídicos planteados por

1 MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Lecciones. INPECCP-CENALES, Lima, 2015, p.464.

2 Se refiere al pronunciamiento emitido por el Tribunal Superior el cual no puede exceder lo pedido por el impugnante.

3 CÁCERES JULCA, Roberto E. *Los medios impúgnatenos en el proceso penal.* Lima: Jurista Editores, 2011, p. 43.

quien recurre, determinando los efectos de su admisión, fijando los términos sobre los que gira y debe dictarse la sentencia.

2.3.5. Rige el principio ***tantum devolutum quantum appellatum***, tanto devuelto como apelado. Siendo importante que: "El Tribunal de alzada asume jurisdicción dentro de los límites del agravio mostrado por el impugnante, por aplicación de dicha regla, límite que deberá superar si corresponde declarar una nulidad absoluta, aunque la vía impugnativa no haya sido motivada en aquélla, siempre que esté abierta la vía del recurso, pues es sabido puede ser declarada de oficio en cualquier estado y grado del proceso"[4].

Principio de *tantum devolutum quantum appellatum*

2.3.6. El Tribunal Constitucional señaló que "El **principio de limitación**, aplicable a toda la actividad recursiva, le impone al superior o Tribunal de alzada la limitación de sólo referirse al tema del cuestionamiento a través de un medio impugnatorio, es decir el superior que resuelve la alzada no podría ir más allá de lo impugnado por cualquiera de las partes. De lo que se colige que en toda impugnación el órgano revisor solo puede actuar bajo el principio de limitación (*tantum apelatum quantum devolutum*) que a su vez implica reconocer la prohibición de la *reformatio in peius*, que significa que el superior jerárquico está prohibido de reformar la decisión cuestionada en perjuicio del inculpado más allá de los términos de la impugnación"[5].

Prohibición de la *reformario in peius*

2.3.7. Si bien la segunda instancia tiene tal limitación al momento de pronunciarse sobre el objeto litigioso [constituido por dos elementos que la doctrina denomina pedido (*petitum*) y la causa que se pide (*causa petendi*)] propuesto por los recurrentes; existen casos en los cuales la pretensión no resulta clara y evidente, o está planteada de manera incorrecta, o se ha invocado erróneamente la norma de derecho aplicable, frente a lo cual el Juez, luego de un análisis táctico, tiene el deber de reconocer el trasfondo o el núcleo de lo solicitado y pronunciarse respecto de él, sin que ello represente una extralimitación de sus facultades, conforme al principio *iura novit curia*[6].

Sobre el objetivo litigioso

4 Ayán, Manuel N., Arocena A., Barcarcel, Fabián, Barberá De Riso, María. *Medios de impugnación en el proceso penal.* Córdova: Ediciones Alveroni, 2007, p. 78.

5 Véase Exp. N° 05986-2008-PHC/TC, fundamento jurídico número 5.

6 Este principio ha sido recogido por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, estableciendo que el Juez debe aplicar el derecho que corresponde al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes, lo que ha sido ratificado en la Casación N° 1944-2009-Piura, expedido por la Sala Civil Transitoria de la Corte suprema de Justicia de la República el primero de octubre de dos mil diez. Otro caso donde se aplica esta

2.3.8. Este criterio ha sido utilizado por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema apelación 03-2015 "22", caso Torrejon Guevara citado, de nueve de junio de dos mil dieciséis, siempre que se cumpla con los principios de congruencia y derecho de defensa, y asumido como doctrina jurisprudencial en la Casación número 430-2015-Lima, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, de veintiocho de junio de dos mil dieciséis, publicado en la página web del Poder Judicial, que señala que en cualquier resolución judicial, y sin contravenir el principio de legalidad, el Juez debe determinar el derecho, debe moldearlo para adaptarlo al caso concreto.

Principio de *iura novit curia*

2.3.9. Los principios que guían la interpretación de las medidas de coerción son las que se ubican en el artículo VI del Título Preliminar del citado Código, que señala que sólo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad.

Las medidas de coerción

2.3.7. Por ello, el artículo 253° de la ley procesal señala que la restricción de un derecho fundamental solo tendrá lugar cuando fuere indispensable, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario, para prevenir, según los casos, los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, así como para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva.

Necesidad de medidas de coerción

2.3.8. No obstante el juez considere que existen razones para estimar fundado el requerimiento del fiscal, puede no estar de acuerdo con el tiempo de la medida por no ser proporcional ni indispensable, pues este principio busca que las medidas adoptadas por la autoridad sean las menos perjudiciales para los derechos e intereses de los ciudadanos[7].

---

consideración es la nulidad procesal, pues el artículo 150° del Código Procesal Penal, admite la no solicitud de nulidad peticionado por algún sujeto procesal y, pese a ello, se declare de oficio cuando se presenten los siguientes defectos: **a)** A la intervención, asistencia y representación del imputado o de la ausencia de su defensor en los casos en que es obligatoria su presencia, **b)** Al nombramiento, capacidad y constitución de Jueces o Salas, **c)** A la promoción de la acción penal, y a la participación del Ministerio Público en las actuaciones procesales que requieran su intervención obligatoria, **d)** A la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución".

7 FLEINER, F. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Barcelona, 1933, p. 312, citado por: PEDRAZ PENALVA, Ernesto. Derecho Procesal Penal. T. I. Colex, Madrid, 2000, p. 142.

2.3.9. En ese sentido, el juez como garante de los derechos del ciudadano no puede afectarlos más allá de lo proporcional, teniendo en cuenta los principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, que la Casación número 626-2013-Moquegua, de la Sala Penal Permanente de treinta de junio de dos mil quince, recogió como fundamento de esta medida.

Plazo de la medida de coerción

2.3.10. De ahí que frente al requerimiento del fiscal, del cual se defiende la parte investigada, el juez puede modificar el plazo que otorga a su inicial pedido si es que es excesivo, lo que no es una afectación al principio de congruencia, defensa u otro, pues se opone y discute el plazo pedido y de cualquier otro.

Facultades de la Sala Superior

2.3.11. Por lo que, el cuestionamiento a la congruencia del pronunciamiento de segunda instancia no es tal, porque el órgano judicial contaba con la facultad de resolver de oficio por la naturaleza del tema, conforme al artículo 255º.3 del Código Procesal Penal, que señala sobre las medidas de coerción procesal, que los autos que se pronuncian sobre estas son reformables aun de oficio, cuando varíen los supuestos que motivaron su imposición o rectificación.

Interpretación restrictiva

Prohibición de la interpretación extensiva y la analogía

2.3.12. Es importante atender que el imputado Gregorio Santos nunca estuvo conforme con la prolongación de la prisión preventiva; por lo que tampoco está de acuerdo con plazo alguno, aunque se reduzca; en consecuencia, su recurso debe ser interpretado conforme al artículo siete inciso tres del Título Preliminar del Código Procesal Penal, que prevé que la ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente. La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos; toda vez que se le favorece al dictarse una medida restrictiva menor a la pedida por el fiscal.

2.4. Del motivo casacional: para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial sobre que la prolongación de la prisión preventiva no debe respaldarse en la complejidad establecida desde el inicio de la causa

2.4.1. Propuesta de la defensa del investigado Gregorio Santos

Prolongación de la prisión preventiva y complejidad del proceso

"La prolongación de la prisión preventiva no debe respaldarse en la complejidad establecida desde el inicio de la causa, sino de requerir que en forma concreta se precise cuáles son las circunstancias que generan especial dificultad en el desarrollo de la investigación y del proceso".

2.4.2. Está institución está prevista en el numeral 1 del artículo 274º del Código Procesal Penal, el cual requiere acumulativamente dos presupuestos: **i)** Una especial dificultad o prolongación de la investigación o del proceso. Por especial dificultad se entiende la concurrencia de circunstancias que obstaculizan la realización de determinada diligencia, la práctica de alguna pericia o alguna circunstancia propia de la conducta del imputado[8], elementos de juicio objetivos posteriores al dictado de la prisión preventiva primigenia y su impugnación. La ley no establece que deban excitar nuevos elementos o actos que sustenten este requisito, pues el juez al momento de determinar el plazo de prisión preventiva pudo no tener en cuenta en su real dimensión estas particularidades que le dan complejidad al caso, **ii)** Que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia u obstaculizar la actividad probatoria, que no se establece en función a un reexamen de lo ya resuelto en la prisión preventiva a propósito del peligro procesal, sino sobre la base del análisis sobre si dichas condiciones subsisten o se mantienen.

Presupuestos para la prolongación

2.4.3. El Tribunal de Mérito, al momento de emitir el auto recurrido del 1 de setiembre de dos mil quince —fojas cientos noventa y dos—, consideró que el representante del Ministerio Público alegó que el requerimiento de prórroga de prisión preventiva no fue tomado en cuenta por el Juzgado de Investigación Preparatoria por cuatro meses para que se computen los dieciocho meses de plazo ordinario de prisión preventiva para casos complejos al presentarse nuevas circunstancias de especial relevancia para la investigación, y que la defensa del investigado Santos Guerrero arguyó que dicho Juzgado no indicó los fines ni principios de las medidas cautelares que llevan a concluir la prolongación; además, que el Fiscal no acreditó la especial dificultad que invoca.

2.4.4. Sin embargo, la Sala Penal de Apelaciones Nacional determinó que toda medida coercitiva personal tiene que ser ***proporcional*[9] *y razonable*** no solo porque se va a privar del derecho a la libertad del procesado y concurran los requisitos para la prisión preventiva, sino también porque el plazo otorgado inicialmente [plazo ordinario de catorce meses] por el Juzgado de investigación preparatoria resultó menor al plazo de prolongación de dieciocho meses [plazo extraordinario] dado por el

Proporcionalidad y razonabilidad de la medida coercitiva

8 Sánchez Velarde, Pablo. *Código Procesal Penal Comentado*. LIMA: IDEMSA, 2013, p. 272.

9 Este principio funciona como el presupuesto clave en la regulación de la prisión provisional en todo estado de derecho, y tiene la función de conseguir una solución de conflicto entre el derecho a la libertad personal y el derecho a la seguridad del individuo, garantizado por las necesidades ineludibles de persecución penal eficaz.

Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional; por lo que, la Sala de oficio disminuyó el plazo a once meses, conforme al artículo 255° del Código Procesal señalado líneas arriba.

2.4.5. En ese sentido, si bien el extremo de la disminución del plazo de prolongación de prisión preventiva impuesto por el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional es por dieciocho meses a once meses; la Sala de Apelaciones está facultada normativamente para reformar de oficio dicho plazo, porque debe controlar la legalidad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida en su totalidad, que sea igual o menor al plazo inicialmente otorgado.

Sobre la disminución del plazo de prisión preventiva

2.4.6. El Tribunal de Apelaciones, al emitir la resolución recurrida consideró que el caso versa sobre diversos delitos graves sujetos al proceso penal común [asociación ilícita para delinquir, colusión y cohecho pasivo propio], en once procesos de selección pública [licitación y concurso], comprendidos 67 coimputados, no existiendo un cuestionamiento fundado que la actividad fiscal o las actuaciones jurisdiccionales hayan sido morosas, erráticas, dilatorias o negligentes, así como la subsistencia de peligro procesal de fuga —véase considerandos décimo segundo y décimo tercero de la resolución de segunda instancia que expidieron y que es recurrida—; por tanto, tuvo en consideración los presupuestos procesales para determinar la prolongación de prisión preventiva; por lo que, cabe desestimar el recurso.

2.5. Del motivo casacional: para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial sobre el plazo de investigación preparatoria

2.5.1. En la Casación número 399-2015, caso Gregorio Santos, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el veintinueve de marzo de dos mil dieciséis, se analizó esta discusión; en ella, por mayoría, con los votos de los señores Jueces Supremos Villa Stein, Hinostroza Pariachi, Príncipe Trujillo y Neyra Flores se estableció como doctrina jurisprudencial que para fijar el plazo de investigación preparatoria se debe tomar en cuenta: **i)** Gravedad y clase o naturaleza del delito imputado, **ii)** Características del hecho objeto de investigación. **iii)** Dificultad y rigor de los actos de investigación pertinentes y útiles para su necesario esclarecimiento, **iv)** Actitud del fiscal y del encausado, esto es, diligencia del investigador y maniobras obstruccionistas del encausado[10]; mientras que la prórroga del plazo de investigación preparatoria, tiene que ver con las dificultades de las

Presupuestos para fijar el plazo de investigación preparataoria

10 STC N.° 7624-2005-PHC/TC del veintisiete de julio de 2006. Caso Hernán Ronald Buitrón Rodríguez.

investigaciones como sería la demora en la realización de determinado acto de investigación. La prórroga requiere de una disposición fiscal[11]; es decir, es un acto procesal. En ese sentido, la disposición fiscal con la que inicia el plazo de investigación constituye un acto procesal, y el requerimiento de prórroga del plazo de investigación, otro; pues, no es de aplicación automática ni de oficio, sino que necesita ser postulado por el Fiscal al Juez de la investigación preparatoria que debe someterlo a audiencia con la defensa del imputado; en consecuencia, son actos procesales con criterios autónomos propios desplegados por las partes y el órgano jurisdiccional.

Prórroga del plazo de investigación preparatoria

2.5 2. La invocación del inciso dos del artículo trescientos cuarenta y dos del Código Procesal Penal, conforme a las modificaciones incorporadas por la ley número treinta mil setenta y siete, crimen organizado, vigente desde el uno de julio de dos mil catorce, en un proceso en trámite, tiene sustento en el principio previsto en el inciso uno del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal que establece la aplicación inmediata de la ley que rige al tiempo de la actuación procesal. La interpretación de este principio permite concluir que el plazo ordinario de ocho meses primigeniamente establecido para la investigación preparatoria no puede ser adecuado a la citada modificatoria, pues es un plazo empezado o en giro; pero sí con la prórroga de plazo de investigación preparatoria, que es una institución autónoma, con su propio estatuto y que constituye un nuevo acto procesal; de ahí que, no se da ningún supuesto de excepción a la aplicación inmediata de la ley procesal, prevista en la segunda parte del inciso uno del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, porque cuando se solicita tal prórroga, ya estaba vigente la ley número treinta mil setenta y siete; por lo que, debe ser aplicada.

La aplicación temporal de la ley

2.5.3. En consecuencia, el requerimiento de la prórroga del plazo de investigación preparatoria, debe realizarse bajo un control judicial en audiencia donde ejerzan contradicción los defensores de los imputados, de su fundamentación táctica y jurídica y de las actuaciones del Ministerio Público, que debe ser conforme a lo establecido por las sentencias del Tribunal Constitucional números dos mil setecientos cuarenta y ocho-dos mil diez-PHC/TC y cinco mil doscientos veintiocho-dos mil seis-PHC/TC, sustentado en la garantía y el pleno respeto del derecho fundamental al debido proceso y sus diversas manifestaciones, como es el plazo razonable.

Control judicial del requerimiento de prórroga

11 Op. Cit. SAN MARTIN CASTRO, César, p. 364.

2.5.4. Dentro de las premisas legales citadas y al no haberse variado el plazo de prisión preventiva en la ley N.º 30077, no resulta necesario mayor pronunciamiento al respecto.

III. DECISIÓN

Por estos fundamentos: Declararon:

I. INFUNDADOS los recursos de casación excepcional interpuestos por el representante del Ministerio Público sobre congruencia y por la defensa técnica del investigado Gregorio Santos Guerrero, sobre requisitos de la prolongación de la prisión preventiva; en consecuencia, **NO CASARON** la resolución de vista número ocho del uno de septiembre de dos mil quince —fojas ciento noventa y dos— que revocó la resolución del catorce de agosto de dos mil quince, en el extremo que declaró infundado el requerimiento de prórroga de prisión preventiva contra el citado investigado por el plazo de cuatro meses; y, reformándolo declaró improcedente el extremo del requerimiento de prórroga de prisión preventiva solicitada por el Ministerio Público; y confirmó dicha resolución en el extremo que declaró fundado el requerimiento de prolongación de prisión preventiva contra Gregorio Santos Guerrero, y revocaron el extremo del plazo de dieciocho meses de prolongación de prisión contra el antes investigado, reformándolo se le otorga el plazo de once meses de prolongación de prisión preventiva contra Gregorio Santos Guerrero.

II. ESTABLECIERON como doctrina jurisprudencial el fundamento jurídico de la presente sentencia casatoria, referido a la inexistencia de la prórroga de la prisión preventiva, fundamento 2.2.4.; interpretación de la congruencia en el recurso de apelación, fundamento 2.3.11.; y, requisitos de la prolongación de prisión preventiva, fundamento 2.4.2.

III. DISPUSIERON que se dé lectura de la presente sentencia casatoria en audiencia pública y se publique en el Diario Oficial "El Peruano", de conformidad con lo previsto en el numeral tres del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal. Hágase saber. Interviene el señor Juez Supremo Príncipe Trujillo por impedimento del señor Juez Supremo Rodríguez Tineo.

S.S. VILLA STEIN /PARIONA PASTRANA /HINOSTROZA PARIACHI /PRÍNCIPE TRUJILLO / NEYRA FLORES

VOTO SINGULAR DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO PARIONA PASTRANA ES EL SIGUIENTE:

Respecto al fundamento jurídico 2.5.2 de la presente Sentencia, página 15, debo puntualizar que en la Sentencia Casatoria número 309-2015 del 29 de marzo de 2016, establecí como doctrina jurisprudencial lo siguiente:

i) Si bien la Ley número 30077 entró en vigencia el 1 de julio de 2014, que modificó el plazo de la investigación preparatoria a 36 meses en las investigaciones de delitos perpetrados por imputados integrantes a organizaciones criminales; sin embargo, dicho plazo no puede ser tomado en cuenta en el caso sub examine, toda vez que la misma norma procesal en el artículo VII del Título Preliminar señala que si bien rige el principio *Tempus regit actum*, no obstante éste tiene sus excepciones al indicar, entre otras, que se regirán con la Ley anterior, los medios impugnatorios ya interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución ***y los plazos que hubieran empezado***, siendo este último aplicado en el caso concreto, ya que el inicio de la investigación preparatoria se dio el 13 de mayo de 2014, transcurriendo el plazo del mismo para su culminación que es de 8 meses, pues la referida etapa procesal tiene como una de sus características esenciales que está sujeta a control judicial y a plazos dentro de un nuevo proceso penal garantista que protege no solo las garantías constitucionales del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva que tiene el justiciable, sino también el respeto de sus derechos fundamentales; tanto más, si el nuevo plazo previsto en la citada Ley no le es favorable. Por el contrario, el Juez de Investigación Preparatoria, que es un juez garantista, cuya función es controlar la investigación, atender a la afectación de un derecho fundamental y prestar tutela cuando lo requieren, no tuvo en cuenta que dicha decisión vulneró la garantía al debido proceso que le asiste a los recurrentes, puesto que el plazo establecido en la acotada Ley no le son favorables.

ii) Aunado a ello, cabe precisar que la Ley número 30077, en su segunda disposición complementaria, establece en relación a su aplicación a investigaciones y procesos en trámites que:

"Para las investigaciones y procesos en trámite a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley seguidos contra integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma, se respetan las siguientes reglas:

> **1.** En los casos que se encuentren a cargo del Ministerio Público, en la etapa de investigación preliminar y pendientes de calificación, es de aplicación inmediata la presente Ley bajo la vigencia del Código Procesal Penal aprobado por el Decreto Legislativo número 957.
>
> **2.** En los casos seguidos bajo la vigencia del Código de Procedimientos Penales, en la que el fiscal haya formalizado la denuncia penal pero el Juez aún no la haya calificado, se procede a la devolución de los actuados al Ministerio Público a fin de que se adecúen a las reglas del Código Procesal Penal aprobado por el Decreto Legislativo número 957.
>
> **3.** Los procesos penales ya instaurados con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente Ley, ya sea bajo la vigencia del Código de Procedimientos Penales o del Código Procesal Penal aprobado por el Decreto

Legislativo 957, ***siguen su trámite regular, bajos esas mismas reglas según corresponda, hasta su culminación.***

iii) En tal sentido, el caso sub judice se rige bajo las normas ya establecidas en el nuevo Código Procesal Penal, puesto que no se encuentra en diligencias preliminares, sino en la etapa de investigación preparatoria, es decir, ya se inició el proceso penal instaurado contra los recurrentes, el mismo que debe regirse bajo las normas que estaban vigentes al momento en que el representante del Ministerio Público formalizó la investigación preparatoria, que fue el 13 de mayo de 2014, por lo que el plazo de la misma es de 8 meses en caso de procesos complejos, prorrogable por 8 meses, conforme lo establece el inciso 2 del artículo 342º de la norma adjetiva; tanto más, si la acotada Ley se refiere al principio de favorabilidad que deben regir en determinados procesos, como en el presente caso.

S. PARIONA PASTRANA

3.
CASACIÓN N.º 328-2012-ICA
DELIMITACIÓN DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE PARA LA PROLONGACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Casación	**N.º 328-2012-Ica**
Fecha	17.10.2013
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponente	José Neyra Flores
Tema	Delimitación del órgano jurisdiccional competente para la prolongación de la prisión preventiva
Doctrina jurisprudencial vinculante	ff. jj. n.os 5-8
Concordancia	Código Procesal Penal: arts. 268, 269, 270, 271, 272 y 274.4.

SUMILLA:
Lo que se procura es que la dilucidación sobre la prolongación de la prisión preventiva, se realice vía una audiencia específica, la misma que se encuentra normativamente vinculada a la actuación del juez de la investigación preparatoria como se ha precisado en el fundamento jurídico anterior. Por tanto, debe entenderse que es este magistrado el competente para pronunciarse sobre las medidas cautelares que se solicitan con posterioridad a la conclusión de la etapa de la investigación preparatoria, a fin que no exista el riesgo que lo decidido pueda influir en el futuro del proceso, toda vez que es otro órgano jurisdiccional el que se va a encargar del juzgamiento

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 328-2012
ICA

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, diecisiete de octubre del dos mil trece

VISTOS: en audiencia privada, el recurso de casación para desarrollo de la doctrina jurisprudencial, interpuesto por el defensor público del sentenciado Antonio Alejandro Cabrera Janampa, contra la resolución de vista, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ica, del seis de junio del dos mil doce, de fojas cincuenta y ocho del cuaderno de prolongación de prisión preventiva,

que confirmó la resolución de primera instancia de veintisiete de abril del dos mil doce, de fojas cuarenta y dos, en cuanto declaró fundado el requerimiento de prolongación de prisión preventiva solicitado por el Fiscal Provincial; derivado del proceso seguido contra el citado encausado Cabrera Janampa por el delito contra la libertad—violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor identificada con las iniciales L.Y.J.M.

Intervine como ponente el señor Juez Supremo José Antonio Neyra Flores.

FUNDAMENTOS DE HECHO

1. Del itinerario de la causa en primera instancia

Primero. Que el día dieciséis de diciembre del dos mil diez, cuya disposición obra a fojas cinco del cuaderno denominado "expediente judicial", el señor fiscal provincial de Palpa dispone la formalización y continuación de la Investigación Preparatoria en los seguidos contra Antonio Alejandro Cabrera Janampa por delito contra la libertad— violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor identificada con las iniciales L.Y.J.M.; asimismo, mediante disposición del quince de abril del dos mil once, de fojas diecisiete, se dispuso la prórroga del plazo de la Investigación Preparatoria por el término de sesenta días. En la misma fecha (dieciséis de diciembre del dos mil diez), el aludido representante del Ministerio Público, emite su requerimiento de prisión preventiva en contra del imputado Cabrera Janampa, pedido que pone en conocimiento del juez de la investigación preparatoria mediante documento de fojas doce. Realizada la audiencia correspondiente con fecha diecisiete de dicho mes y año, se declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva por el término de nueve meses, en concordancia con el inciso uno del artículo doscientos setenta y dos del Código Procesal Penal.

Segundo. Posteriormente, y ante el inminente cumplimiento del plazo de vigencia de dicha medida cautelar de naturaleza personal, el fiscal provincial, solicita la prolongación del plazo de la prisión preventiva, pedido que es declarado fundado por el juez de la investigación preparatoria, mediante resolución de fojas veinte, del dieciséis de septiembre del dos mil once, disponiéndose que se prolongue dicha medida por cuatro meses, por lo que vencerá el día dieciséis de enero del dos mil doce. Esta resolución fue impugnada por el abogado defensor del encausado Cabrera Janampa, por lo que elevado que fuera el cuaderno correspondiente a la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ica, dicho órgano jurisdiccional, mediante resolución del catorce de octubre del dos mil once, de fojas veinticuatro, confirmó la resolución apelada, por lo que la prolongación decretada mantuvo todos sus efectos.

Tercero. Con fecha veintitrés de noviembre del dos mil once, el fiscal provincial emitió su requerimiento de acusación, como se aprecia de fojas treinta. Luego de ello, el día tres de enero del dos mil doce, el Ministerio Público, presenta ante el juez de la investigación preparatoria un nuevo requerimiento de prolongación de la prisión preventiva, realizándose la audiencia correspondiente el día doce de dicho mes y año, como se aprecia del acta de fojas cincuenta y tres. Al día siguiente, el día trece de enero del dos mil doce, el juez de la investigación preparatoria, emite resolución, de fojas sesenta y dos, declarando fundado el requerimiento planteado por lo que dispuso la prolongación de la prisión preventiva, por el plazo de cinco meses adicionales (a los cuatro que con antelación se había dictado). Contra dicha decisión, el abogado defensor del encausado Cabrera Janampa mediante escrito de fojas setenta, interpone recurso de apelación. Elevado que fuera dicho medio impugnatorio, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ica, mediante resolución de fojas ochenta y ocho del ocho de febrero del dos mil doce, confirmó la prolongación del plazo de prisión preventiva dispuesta por el juez de la investigación preparatoria, siendo así, estableció que la citada medida cautelar vencerá el día dieciséis de junio del dos mil doce.

Cuarto. Cabe precisar, que antes de la emisión de la resolución que dispuso la segunda prolongación de la prisión preventiva (el día trece de enero del dos mil doce). Con fecha diez de enero del dos mil doce, el Juzgado Penal Colegiado de Palpa de la Corte Superior de Justicia de Ica, emitió la sentencia que obra a fojas noventa y nueve, condenando a Antonio Alejandro Cabrera Janampa por el delito contra la libertad—violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor identificada con las iniciales L.Y.J.M., a dieciocho años de pena privativa de libertad; con lo demás que al respecto contiene. Que la citada sentencia, fue recurrida por el Fiscal Provincial, mediante recurso de apelación de fojas noventa y nueve, del diecisiete de enero del dos mil doce, pues consideró que la pena impuesta era demasiado benigna. Es así, que mediante resolución del veinticuatro de enero de dicho año, que obra a fojas veinticinco del cuaderno de prolongación de la prisión preventiva, el Juzgado Penal Colegiado de Palpa concedió el recurso de apelación interpuesto y dispuso que los actuados se eleven a la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ica (la misma que mediante sentencia de vista del veintiséis de octubre de dos mil doce, confirmó la condena impuesta y revocó la pena, incrementándola a veinte años de privación de la libertad).

Quinto. Que elevada que fuera la causa a segunda instancia, el representante del Ministerio Público, formuló un nuevo requerimiento de prolongación de prisión preventiva, ante el juez de la investigación preparatoria, como se aprecia del escrito de fojas uno del cuaderno respectivo, por el plazo de nueve años (que era equivalente a la mitad de la pena impuesta en primera instancia). Pedido que fue acogido por dicho órgano jurisdiccional, el mismo que mediante resolución del veintisiete de abril del dos mil doce, de fojas cuarenta y dos, declaró fundado

dicho requerimiento y prolongó la prisión preventiva por nueve años adicionales a los meses dictados con antelación. Ante ello, el abogado defensor del encausado Cabrera Janampa interpone el recurso de apelación correspondiente.

II. Del trámite recursal en segunda instancia

Sexto. La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ica, mediante resolución del uno de junio del dos mil doce, de fojas cincuenta y tres, señaló fecha para la audiencia de apelación para el día cuatro de junio de dicho año. Realizada la citada audiencia, el seis del mencionado mes y año, se expidió el auto de vista de fojas cincuenta y ocho, por el que se confirmó la resolución de primera instancia que declaró fundado el requerimiento de prolongación preventiva.

III. Del trámite del recurso de casación interpuesto por el Fiscal Superior

Sétimo. Que de haberse expedido el auto de vista, el abogado defensor del sentenciado Cabrera Janampa, dentro del plazo de Ley, interpuso recurso de casación mediante escrito de fojas sesenta y nueve, al amparo de los incisos uno y tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal vinculado a la necesidad que en el presente caso se desarrolle doctrina jurisprudencial respecto a dos aspectos: **i)** A qué órgano jurisdiccional le corresponde conocer funcionalmente de la prolongación de la prisión preventiva cuando el acusado está sentenciado y la pena impuesta ha sido recurrida al superior (artículo doscientos setenta y cuatro del citado texto legal). **ii)** Si la prolongación de prisión preventiva en etapa recursal está referida tanto a sentencias condenatorias efectivas como condicionales y si la medida de prolongación de prisión preventiva se suspende o cesa automáticamente cuando el preso preventivo es condenado a una pena privativa de libertad efectiva la cual se viene ejecutando provisionalmente en un establecimiento penal.

Concedido el recurso por auto de fojas ochenta y uno, del diez de julio del dos mil doce, se elevó la causa a este Supremo Tribunal con fecha trece de agosto de dicho año.

Octavo. Cumplido el trámite de traslados a los sujetos procesales por el plazo de diez días, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria del dieciséis de noviembre del dos mil doce, que obra a fojas veinticuatro del cuaderno de casación respectivo, en uso de su facultad casatoria, declaró BIEN CONCEDIDO el mencionado recurso para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, en concordancia con las causales previstas en los incisos uno y tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, única y exclusivamente respecto al tema propuesto en el punto **i)** del séptimo fundamento jurídico, esto es, para determinar a qué órgano jurisdiccional le corresponde avocarse al conocimiento del requerimiento de prolongación de prisión preventiva cuando el acusado ha sido pasible de una

sentencia condenatoria y esta ha sido recurrida (inciso cuatro del artículo doscientos setenta y cuatro del Código Procesal Penal).

Noveno. Instruido el expediente en Secretaría, señalado para la audiencia de casación el día de la fecha, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

Décimo. Deliberada la causa en privado y votada el día de la fecha, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública —con la partes que asistan— se realizará por la Secretaría de la Sala el día cinco de noviembre del año en curso las ocho horas y treinta minutos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Del ámbito de la casación

Primero. Conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas veinticuatro del cuaderno de casación, del dieciséis del noviembre del dos mil doce, el motivo de casación admitido es para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial en concordancia con los incisos uno y tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal. Sobre el particular el defensor público que patrocina al encausado Cabrera Janampa señala en su recurso formalizado de fojas sesenta y nueve del cuaderno de prolongación preventiva, lo siguiente: "...la solicitud de la prolongación de prisión preventiva no debió ser dirigida al juez de la investigación preparatoria de la provincia de Palpa por ser incompetente, sino debió ser remitida al juez de juzgamiento o en su defecto al órgano jurisdiccional que se encontraba avocado a la competencia del recurso impugnatorio (apelación), esto es, la Sala Penal de Apelaciones de Ica; sin embargo, dicha petición fue desestimada por dos órganos jurisdiccional (juez de la investigación preparatoria y Sala de Apelaciones) asumiéndose criterios distintos. Así, el primero de los citados precisó que el Juzgado Penal Colegiado sentenciador no se encuentra facultado para asumir competencia sobre requerimientos de medidas coercitivas o limitativas de derechos (entiéndase prisión preventiva, prolongación, etc.) de conformidad con lo que establece el artículo veintiocho del Código Procesal Penal, pero sí se encuentran facultados los Juzgados de Investigación Preparatoria y si bien es cierto el inciso segundo del artículo veintinueve solamente autoriza al juez de investigación imponer dichas medidas durante la investigación preparatoria, ello debe de aplicarse en forma extensiva al caso concreto, por no existir norma que lo prohíba. En tanto, que la Sala Penal de Apelaciones de Ica indicó que como quiera que el Juzgado Penal

Colegiado de Palpa había expedido sentencia condenatoria [...] ha de señalarse que la misma viene ejecutándose provisionalmente, de lo que se infiere que siendo el Juzgado de Investigación Preparatoria el competente de acuerdo a la normatividad respecto a la conducción de la etapa de ejecución de sentencia, corresponde a este juzgado el requerimiento de la prolongación de prisión preventiva..."; asimismo, agrega: "...que el primero de los argumentos contraviene el principio de legalidad procesal, puesto que aplica una norma por extensión cuando los jueces están vinculados a la Ley, además, las interpretaciones que restringen derechos fundamentales deben ser interpretados de manera restrictiva [...] que haciendo un análisis de los artículos respectivos del Código Procesal Penal, se colige que el legislador ha procurado indicar y establecer de manera precisa y no general sobre la autorización que tiene el juez de juzgamiento y otros órganos jurisdiccionales superiores para imponer y hacer cesar las medidas de coerción personal, entonces no impide tampoco prolongarlas, no hacer ello contraviene el principio de preclusión procesal [...]. En cuanto al segundo argumento, no nos encontramos ante una sentencia firme, debido a que la impuesta se encuentra impugnada vía recurso de apelación, por lo que se mantiene el principio de presunción de inocencia...".

II. Del pronunciamiento del Tribunal de Apelación

Segundo. El auto de vista impugnado en casación precisa lo siguiente: "...Respecto a la competencia material y funcional advertida por la defensa técnica del sentenciado, artículo veintiocho del Código Procesal Penal señala la competencia de los Juzgados Penales Colegiados y Unipersonales, sin embargo, debe tenerse en cuenta que el inciso cinco del artículo veintinueve del Código acotado también faculta al juez de la investigación preparatoria a conocer de los demás casos que este Código y leyes determinen; y en el presente caso se trata de una solicitud del Ministerio Público para prolongar la prisión preventiva de un acusado que ha sido sentenciado a pena privativa de libertad y que se encuentra en grado de apelación [...]. Efectuada tal precisión, corresponde realizar un análisis a efectos de determinar si procede o no prorrogar la prisión preventiva, y si ello le está facultado al juez de la investigación preparatoria. En el caso de autos se constata que se mantienen los requisitos que se tuvieron para dictar la prisión preventiva, esto es, que los presupuestos materiales no ha decaído o no han sido enervados por los posteriores actos de investigación, más aún cuando el recurrente ha sido sentenciado a pena privativa de libertad de dieciocho años y que ésta aún no está firme por haber sido apelada;

Controversia entre las normas que regulan la competencia de los órganos jurisdiccionales

y respecto a que la resolución ha sido dictada por el juez de la investigación preparatoria, se debe de tener en cuenta que con la aludida resolución, no se le está causando ningún perjuicio al procesado [...]"

Procedencia de la prolongación de la prisión preventiva

III. Del motivo casacional. Desarrollo de la doctrina jurisprudencial

Tercero. Ha quedado establecido que el tema a desarrollar vía doctrina jurisprudencial por este Tribunal, en virtud a lo regulado en el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal con relación a los incisos uno y tres del artículo cuatrocientos veintinueve del citado cuerpo de leyes, es el siguiente: *A qué órgano jurisdiccional le corresponde conocer funcionalmente de la prolongación de la prisión preventiva cuando el acusado está sentenciado y la pena impuesta ha sido recurrida al superior (artículo doscientos setenta y cuatro del citado Texto Legal).*

Cuarto. En dicho sentido, cabe precisar que la prisión preventiva entendida como la privación de libertad ordenada antes de la existencia de una sentencia firme por el órgano jurisdiccional competente, basada en el peligro de fuga del imputado con la finalidad de evitar la realización del juicio oral o la ejecución de la eventual sentencia condenatoria, o en el peligro que este vaya obstaculizar la averiguación de la verdad, en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra prevista en Título III, de la Sección III, del Libro Segundo "La actividad procesal" del Código Procesal Penal. Así los artículos doscientos sesenta y ocho, doscientos sesenta y nueve y doscientos setenta se refieren a los presupuestos que la configuran. En tanto, que el artículo doscientos setenta y uno y doscientos setenta y dos, se encuentran vinculados a la audiencia y resolución; así como, a la duración de la prisión preventiva, respectivamente. *Y el artículo doscientos setenta y cuatro, a la prolongación de la prisión preventiva.* Este último dispositivo legal en su inciso dos, precisa sobre dicha solicitud, lo siguiente: "...El Juez de la investigación preparatoria se pronunciará previa realización de una audiencia, dentro del tercer día de presentado el requerimiento. Esta se llevará a cabo con la asistencia del Ministerio Público, del imputado y de su defensor. Una vez escuchados los asistentes y a la vista de los autos, decidirá en ese mismo acto o dentro de las setenta y dos horas siguientes bajo responsabilidad...". Asimismo, el inciso tres del citado dispositivo legal indica: "[...] La resolución que se pronuncie sobre el requerimiento de prolongación de la prisión preventiva podrá ser objeto de recurso de apelación. El procedimiento que se seguirá será el previsto en el numeral dos artículo doscientos setenta y ocho [...]"; siendo que esta última norma legal establece lo siguiente: "Contra el auto de prisión

Regulación de la prisión preventiva

Prolongación de la prisión preventiva

preventiva procede recurso de apelación. El plazo para la apelación es de tres días. El juez de la investigación preparatoria elevará los actuados dentro de las veinticuatro horas, bajo responsabilidad [...]. La Sala Penal se pronunciará previa vista de la causa que tendrá lugar, dentro de los setenta y dos horas de recibido el expediente, con citación del Fiscal Superior y del defensor imputado [...]"

Impugnación de la prisión preventiva

Quinto. De lo expuesto se desprende que nuestra normatividad legal le otorga facultad y competencia para resolver los requerimientos de prolongación de prisión preventiva, estrictamente al juez de la investigación preparatoria, no estableciendo límites a dicha potestad, esto es, no restringe en modo alguno a que dicha facultad la realice únicamente a nivel de la investigación preparatoria; por lo que no existiendo prohibición legal en concreto, se puede entender, en principio, que es permisible que siga realizando esta función como juez de garantías, aún si la causa se encuentra en etapa intermedia, juicio oral o cuando se haya dictado sentencia condenatoria de primera instancia, que se encuentre recurrida vía recurso de apelación. Al respecto, el inciso dos del artículo veintinueve del Código Procesal Penal, establece como competencia de los Juzgados de Investigación Preparatoria: "Imponer, modificar o hacer cesar las medidas limitativas de derechos durante la investigación preparatoria [...]", de lo que se colige que no hay una prohibición expresa que realice dicha actividad en otros estadios del proceso.

Naturaleza de las facultades del juez de investigación preparatoria

Competencia de los juzgados de investigación preparatoria

Sexto. Ello es entendible, pues lo que se procura es que la dilucidación sobre la prolongación de la prisión preventiva, se realice vía una audiencia específica, la misma que se encuentra normativamente vinculada a la actuación del juez de la investigación preparatoria como se ha precisado en el fundamento jurídico anterior. Por tanto, debe entenderse que es este magistrado el competente para pronunciarse sobre las medidas cautelares que se solicitan con posterioridad a la conclusión de la etapa de la investigación preparatoria, a fin que no exista el riesgo que lo decidido pueda influir en el futuro del proceso, toda vez que es otro órgano jurisdiccional el que se va a encargar del juzgamiento: juez de juzgamiento unipersonal y/o colegiado, que no realizaría un prejuzgamiento de los hechos materia de investigación si tuviera que pronunciarse sobre la medida cautelar de naturaleza personal solicitada, tanto más, si uno de los presupuestos de la prisión preventiva se refiere a la presencia de elementos de convicción, que vinculen razonablemente al procesado con los hechos que se le imputan, pues solo se prevé excepcionalmente que se pueda decidir la admisibilidad de la prueba penal rechazada por el juez de la investigación preparatoria

en la etapa intermedia o cuando se haya descubierto con posterioridad, debiéndose formar convicción sobre la base de la prueba producida en el juicio oral. Garantía de imparcialidad que también se busca resguardar y se extiende en los supuestos en que el caso de fondo se encuentre con sentencia condenatoria en grado de apelación ante la Sala Penal Superior; que además no permitiría que haya derecho al recurso, por ser esta la última instancia.

Importancia de la participación del juez de investigación preparatoria

Sétimo. En el mismo sentido, el inciso dos del artículo trescientos veintitrés del Código Procesal Penal, señala que: "El Juez de la investigación preparatoria, enunciativamente, está facultado para [...] pronunciarse sobre las medidas limitativas de derechos que requieran orden judicial y –cuando corresponda– las medidas de protección...". De ello se deriva entonces, que es el juez de la investigación preparatoria el que, garantizando el derecho de las partes, deberá citarlos a la audiencia de prolongación de prisión preventiva, escenario en el que evaluadas las circunstancias propuestas resuelva el pedido, atendiendo y analizando debidamente la posición de las partes, ello en el estadio en el que se encuentre el proceso, sin que tal situación signifique que la Sala Penal Superior al resolver el tema de fondo pueda desconocer lo resuelto por el juez de la investigación preparatoria con los efectos perniciosos que se pudieran obtener para el proceso, como sería el hecho de que en los casos que se declare la nulidad de la sentencia de primera instancia, el encausado quede en libertad y se sustraiga a la acción de la justicia. Ello pues, el artículo doscientos setenta y siete del Código Procesal Penal, indica: "El Juez debe de poner en conocimiento de la Sala Penal la orden de libertad, su revocatoria y la prolongación preventiva".

Función del juez de investigación preparatoria

Octavo. En conclusión, a efectos de salvaguardar tanto el principio de imparcialidad como el de pluralidad de instancias —esto último, pues se daría lugar a que en virtud del recurso de apelación la parte que se considere afectada pueda recurrir lo decidido por el juez de la investigación preparatoria, ante el Superior Jerárquico—, se hace necesario establecer vía desarrollo jurisprudencia, que el encargado de resolver el pedido de prolongación de prisión preventiva, todos los casos, es el juez de la investigación preparatoria, conforme se ha procedido en el presente proceso.

Noveno. Finalmente, cabe indicar que en el caso analizado, el representante del Ministerio Público, primero efectúo su requerimiento de prisión preventiva, pedido que fue acogido por el Juez de Garantías (y que tuvo un plazo de nueve meses de acuerdo con el inciso uno del artículo doscientos setenta dos del Código Procesal Penal); posteriormente, hasta en dos oportunidades solicitó la prolongación de

la prisión preventiva, la que fue concedida por cuatro y cinco meses, respectivamente (de acuerdo con lo estipulado en el inciso uno del artículo doscientos setenta y cuatro de dicho texto legal). Sin embargo, luego de la emisión de la sentencia de primera instancia que condenó al encausado Cabrera Janampa por el delito contra la libertad— violación sexual de menor de edad, a dieciocho años de privación de la libertad, con lo demás que contiene; el fiscal solicitó al juez de la investigación preparatoria que se prolongue otra vez el plazo de prisión preventiva hasta por un plazo de nueve años, pedido que carece de eficacia y razonabilidad, pues ello es de aplicación automática, en los casos de sentencia condenatoria de primera instancia, que haya sido recurrida; así, el inciso cuatro del artículo doscientos setenta y cuatro del Código Procesal Penal, señala: "Una vez condenado el imputado, la prisión preventiva podrá prolongarse hasta la mitad de la pena impuesta, cuando esta hubiera sido recurrida". En tal sentido, no resulta arreglado a ley, solicitar una prolongación de la prisión preventiva, luego de emitida la sentencia de primera instancia y que esta haya sido recurrida, por el plazo equivalente a la mitad de la pena impuesta, pues al respecto existe previsión legal expresa. Tanto más, si lo plazos previstos tanto en el inciso uno del artículo ciento setenta y dos, y en el inciso uno del artículo doscientos setenta y cuatro, ya se agotaron.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación para desarrollo de la doctrina jurisprudencial en concordancia con los incisos uno y tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, interpuesto por el defensor público del sentenciado Antonio Alejandro Cabrera Janampa, contra la resolución de vista emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ica del seis de junio del dos mil doce, de fojas cincuenta y ocho del cuaderno de prolongación de prisión preventiva, que confirmó la resolución de primera instancia del veintisiete de abril del dos mil doce, de fojas cuarenta y dos, en cuanto declaró fundado el requerimiento de prolongación de prisión preventiva solicitado por el Fiscal Provinciala; derivado del proceso seguido contra el citado encausado Cabrera Janampa por el delito contra la libertad— violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor identificada con las iniciales L.Y.J.M.

II. MANDARON que los Distritos Judiciales en los que se encuentra en vigencia el Código Procesal Penal, consideren ineludiblemente como doctrina jurisprudencial vinculante lo señalado en el quinto, sexto, séptimo y octavo fundamento jurídico de los fundamentos de derecho de la presente Ejecutoria Suprema, de conformidad con el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal.

III. ORDENARON se transcriba la presente Ejecutoria a las Cortes Superiores en la que rige el Código Procesal Penal para su conocimiento y fines, y se publique en el diario oficial *El Peruano*.

IV. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia privada por la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

V. MANDARON que cumplidos esos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema. Interviene el señor Juez Supremo Morales Parraguez por vacaciones de la señora Jueza Suprema Tello Gilardi.

S.S. VILLA STEIN /PARIONA PASTRANA /BARRIOS ALVARADO /NEYRA FLORES /MORÁLES PARRAGUEZ

ACLARACIÓN

Lima, uno de julio del dos mil catorce

VISTOS: la solicitud de aclaratoria planteada por la señora jueza del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, doctora Elizabeth Vicenta Arias Quispe, respecto a la sentencia de casación expedida por este Supremo Tribunal mediante Ejecutoria del diecisiete de octubre del dos mil trece, que declaró fundado el recurso de casación para desarrollo de la doctrina jurisprudencial, en concordancia con los incisos uno y tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal; derivado de la causa seguida contra Antonio Alejandro Cabrera Janampa por el delito contra la libertad—violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor identificada con las iniciales L.Y.J.M.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo Neyra Flores.

CONSIDERANDO

I. De la solicitud de aclaración

Primero. La señora jueza del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Corte Superior de Justicia de Cajamarca, en el fundamento cuarto de la resolución número cinco –que obra a fojas ochenta y tres del cuaderno formado en esta instancia–, del nueve de mayo del dos mil catorce, expedida sobre un pedido de prolongación de prisión preventiva, cuestiona —como se advierte del punto c) del citado fundamento jurídico— la decisión e interpretación, vía desarrollo de la doctrina jurisprudencial, realizada por este Supremo Tribunal, en la Ejecutoria expedida con fecha diecisiete de octubre del dos mil trece, respecto a la determinación del órgano jurisdiccional al que le corresponde conocer

funcionalmente de la prolongación de prisión preventiva, para lo cual realiza una consulta, en vía de aclaración, sobre los términos de la citada Ejecutoria Suprema, indicando incluso que se delimite con mayor motivación la decisión adoptada.

Segundo. Previamente cabe precisar que el interés casacional —que es el sustento y fundamento de intervención de este Supremo Tribunal— comprende, entre otros, la unificación de interpretaciones contradictorias —jurisprudencia de diversos órganos jurisdiccionales—, la afirmación de la existencia de una línea jurisprudencial o de jurisprudencia vinculante de la máxima instancia judicial frente a decisiones contrapuestas con ella expedidas por Tribunales inferiores. En tal sentido, el pronunciamiento realizado en la ejecutoria mencionada, tiene como objetivo esencial, la unificación de criterio sobre una aplicación, que se venía verificando, se hacía indistintamente por diversos órganos jurisdiccionales sobre cuál es el órgano competente para resolver un pedido de prolongación de la prisión preventiva. Así, habían dos posiciones debidamente delineadas: la primera, que consideraba que en todos los casos era el juez de la investigación preparatoria; y la segunda, que fijaba competencia a los Juzgados de Juzgamiento Unipersonal o Colegiados, cuando la causa se encontraba en etapa de juzgamiento. Resulta evidente que la posición de la magistrada requirente se encuadra en el segundo de los supuestos previamente indicados, el mismo que ha sido ya desestimado por este Supremo Tribunal, por lo que su pedido, no representa en esencia, una aclaración a lo resuelto en su momento vía desarrollo de la doctrina jurisprudencial, pues no se plantea una ampliación o mejor explicación de los criterios ya adoptados (lo que si sería permisible); sino más bien un desacuerdo frontal sobre los fundamentos allí esgrimidos y evidentemente sobre lo decidido como criterio vinculante.

Tercero. Entendiendo entonces, cuál es la naturaleza del pedido planteado por la magistrada requirente, el mismo que se pretende canalizar a modo de consulta o aclaración (lo que podría aperturar negativamente una vía excepcional para cuestionar lo decidido vía desarrollo de la doctrina jurisprudencial), se debe realizar la respuesta a cada uno de los cuestionamientos realizados, a efectos de ratificar los fundamentos que sustentan la Ejecutoria expedida en la causa número trescientos veintiocho - dos mil doce.

Cuarto. La magistrada requirente en el apartado cuatro punto uno de su resolución, indica lo siguiente: "[...] para conocer el requerimiento de la prolongación de la prisión preventiva, cuando el proceso se encuentra en etapa de juzgamiento, se debe tener en cuenta lo dispuesto por nuestro Código Procesal Penal en el capítulo de la competencia objetiva, material y funcional de los Juzgados Penales; así en el numeral tercero del artículo veintiocho del citado Código, respecto a la competencia funcional de los Juzgados Unipersonales, literalmente se indica: *'[...] Compete funcionalmente a los Juzgados Unipersonales o Colegiados lo siguiente: [...] b. Resolver los incidentes que se promueven durante el juzgamiento'*. De igual modo en el artículo veintinueve del mismo código, respecto a la competencia

material y funcional de los Juzgados de Investigación Preparatoria, literalmente se indica lo *'Compete funcionalmente a los Juzgados de Investigación Preparatoria: 2. Imponer, modificar o hacer cesar las medidas limitativas de derechos durante la etapa de investigación preparatoria.'* En ese sentido, se debe tener en cuenta que en el caso de autos se advierte que ya la etapa de investigación preparatoria y etapa intermedia ha concluido, pues el proceso se encuentra en etapa de juzgamiento (citación a juicio), por lo que la competencia material del juez de la investigación preparatoria ha concluido y correspondería al juez penal (unipersonal o colegiado), resolver todas las incidencias que puedan surgir en dicha etapa procesal [...]".

Quinto. Al respecto cabe precisar, coincidiendo con la magistrada requirente, que debe hacerse una interpretación sistemática de las normas contenidas en el Código Procesal Penal, y tras ello dilucidar si en efecto, la aplicación que ella pretende es correcta o no: en dicho sentido, se cita literalmente el artículo veintiocho del mencionado cuerpo legal, para indicar que los juzgados penales unipersonales y colegiados deben resolver los incidentes que se promueven durante el curso del juzgamiento, lectura simple de dicho dispositivo legal que parecería otorgar razón a la tesis contraria a la asumida en la Ejecutoria Suprema del diecisiete de octubre del dos mil trece; sin embargo, en aras de una interpretación sistemática, integral y armoniosa entre las disposiciones del Código Procesal Penal se debe verificar si dentro de los incidentes a los que se hace alusión "genérica" en el inciso uno del artículo trescientos sesenta y dos de dicho cuerpo normativo se puede incluir o no los pedidos de prolongación de prisión preventiva. En primer lugar, se debe entender que un pedido de prisión preventiva, de cesación o de prolongación de la misma, involucra el contenido esencial de uno de los bienes jurídicos más preciados, que es la libertad, en consecuencia, debe dotarse al órgano judicial que interviene en su decisión de todas las garantías del caso para resolver lo que corresponda; así, dicha decisión debe adoptarse en un plazo razonable que responda en forma suficiente a la importancia del pedido, ello en función a la naturaleza del caso específico; así para la imposición de la prisión preventiva, el inciso uno del artículo doscientos setenta y uno del código (entiéndase en adelante Código Procesal Penal), señala que el juez de la investigación preparatoria debe citar a los sujetos a una audiencia dentro de las cuarenta y ocho horas (plazo dentro del cual se les debe correr traslado del pedido), posteriormente a ello se realiza la audiencia en la que se debaten los fundamentos del pedido y se resuelve lo que corresponda, como se puede apreciar existe un plazo previo a la audiencia de prisión preventiva que posibilita el conocimiento efectivo de todos los sujetos procesales (incluso al juez) sobre los aspectos que amparan dicha solicitud; a mayor abundamiento, para la prolongación de prisión preventiva, el inciso dos del artículo doscientos setenta y cuatro del código, indica que "...El juez de la investigación preparatoria se pronunciará previa realización de una audiencia dentro del tercer día de presentado el requerimiento [...] Una vez escuchados los asistentes y a la vista de los autos, decidirá en ese mismo acto o dentro de las setenta y dos horas siguientes bajo

responsabilidad..."; de lo que se advierte que por la relevancia y trascendencia del pedido, el órgano judicial puede tener hasta setenta y dos horas (tres días hábiles) después de la audiencia para resolver —procedimiento que incluso se extiende al pedido de cesación de dicha medida cautelar, como se aprecia del inciso dos del artículo doscientos ochenta y cuatro de dicho cuerpo normativo—, entendiendo incluso que el órgano judicial que resolverá este pedido es el mismo juez de la investigación preparatoria, como así lo precisa el artículo citado. Así también, para resolver la impugnación a la prisión preventiva decretada, la Sala Penal Superior, de acuerdo con el inciso dos del artículo doscientos setenta y ocho del código tiene hasta cuarenta y ocho días para emitir su decisión.

Sexto. De lo expuesto se colige que la naturaleza del pedido fija el plazo razonable para que el órgano judicial, lo recepcione, corra traslado a las partes y decida lo que corresponda, este es el fundamento de los plazos aunque breves, pero necesarios para evitar que sobre la libertad de una persona se emitan decisiones apresuradas o desproporcionadas. En dicho sentido, la naturaleza de un pedido de prolongación de prisión preventiva, en función a la interpretación sistemática de la normatividad procesal penal, no podría estar incluido dentro de los incidentes a los que hace alusión genérica el inciso uno del artículo trescientos sesenta y dos del Código; en efecto, dicho dispositivo legal indica: "...Los incidentes promovidos en el transcurso de la audiencia serán tratados en un solo acto y se resolverán inmediatamente...", como se puede apreciar dicho tratamiento no responde a los criterios de razonabilidad temporal que el Código le otorga a los pedidos en los que se encuentre en discusión la libertad de una persona (como es la imposición, prolongación o cesación de la prisión preventiva), por tanto, este es el sentido de interpretación que debe realizarse respecto al artículo veintiocho del Código, en cuanto se refiere a los incidentes.

Séptimo. Ahora, en cuanto a que el juez de la investigación preparatoria en virtud al inciso dos del artículo veintinueve del Código Procesal Penal, solo puede imponer, modificar o hacer cesar las medidas limitativas de derechos durante la investigación preparatoria; este Supremo Tribunal coincide con la argumentación realizada por la magistrada requirente, pero ello en nada enerva lo decidido como desarrollo de la doctrina jurisprudencial, pues la prolongación de la prisión preventiva no se encuentra en ninguno de los supuestos anteriormente indicados y, por tanto, menos existe imposibilidad legal para que el juez de la investigación preparatoria la decrete cuando el proceso esté en etapa de juzgamiento. En efecto, dicha norma se pone en los supuestos de imposición, modificación y cesación de la prisión preventiva, debiéndose entender por imposición, el acto de disponer en forma primigenia de dicha medida; en tanto que la modificación se refiere a la variación de la prisión preventiva, por la de comparecencia, por ejemplo, mientras que la cesación se encuentra referido al acto de culminación de la citada medida cautelar. Contrario a ello, en este caso, nos referimos a un supuesto de prolongación de

la prisión preventiva, la misma a la que no se hace alusión expresa en el artículo veintinueve del Código, por tanto, no existe restricción legal a que el juez de la investigación preparatoria se pronuncie por dicha prolongación aun cuando el caso esté en fase de juzgamiento.

Octavo. La magistrada requirente indica también que el apartado cinco del artículo trescientos sesenta y cuatro del Código, permite al juez de juzgamiento resolver sobre cuestiones no regladas que puedan surgir en el juicio y que ello le permitiría conocer sobre pedidos de prolongación de prisión preventiva. Al respecto, se debe precisar que un pedido de prisión preventiva no se puede considerar como una cuestión no reglada, pues existe normatividad específica al respecto; en efecto, el inciso dos del artículo doscientos setenta y cuatro del Código establece claramente que ante un pedido fiscal de prolongación de la prisión preventiva: *"[...]El Juez de la investigación preparatoria se pronunciará previa realización de una audiencia [...]"*; en consecuencia, existe previsión legal expresa que regula tal situación.

Noveno. Otro cuestionamiento, es que el apartado cinco del artículo trescientos noventa y nueve del Código —que establece: "Leído el fallo condenatorio, si el acusado está en libertad, el juez podrá disponer la prisión preventiva cuando haya bases para estimar razonablemente que no se someterá a la ejecución una vez firme la sentencia"— prevé la posibilidad de que el juez de juzgamiento tiene competencia para dictar una prisión preventiva al momento de sentenciar, lo que evidenciaría que el Juzgado de Juzgamiento Unipersonal o Colegiado una vez concluida la etapa intermedia se encuentra habilitada para resolver cuestiones incidentales como la prolongación preventiva. Al respecto, es preciso indicar que la finalidad, en estricto, de la prisión preventiva que regula nuestra normatividad procesal penal, es asegurar la presencia del imputado durante el proceso, esto es, que este no se sustraiga de la acción de la justicia. Por tanto, la previsión legal que regula el inciso cinco del artículo trescientos noventa y nueve citado, escapa a dicho supuesto, configurándose un caso excepcional de aplicación de la prisión preventiva, pues aquí se busca no asegurar la presencia del imputado en el proceso, sino, en esencia, asegurar la plena eficacia y ejecución de la sanción; por tanto, no es un argumento válido el planteado por la magistrada requirente.

Décimo. En cuanto al tema de prejuzgamiento e imparcialidad procesal, la decisión adoptada por este Supremo Tribunal en la Ejecutoria del diecisiete de octubre del dos mil trece, busca no solo busca unificar el criterio judicial en esta materia, sino también resguardar la imparcialidad del órgano jurisdiccional encargado de la etapa de juzgamiento, a efectos que no conozca previamente los fundados y graves elementos de convicción de cargo, que pudieran existir en contra del imputado (presupuesto para imponer o prolongar la prisión preventiva). Ello considera la magistrada requirente debe ser una obligación legal de los operadores penales al impartir justicia y no un mero prejuzgamiento. En dicho sentido, se debe precisar que tal como se reconoce en el apartado uno del artículo uno del Título

Preliminar del Código Procesal Penal, es obligación que la justicia se imparta con imparcialidad por los órganos competentes; en consecuencia, al ser este dispositivo legal un criterio de interpretación y aplicación de las normas que integran el Código Procesal Penal, como así lo fija el artículo X del mencionado Título Preliminar, lo resuelto por este Supremo Tribunal tiene como objetivo interpretar las normas sobre esta materia justamente en estricta consonancia con la obligatoriedad al nivel de imparcialidad del órgano judicial (en este caso específico, del órgano de juzgamiento), por ende, no existe ninguna razón para considerar que, por el contrario —como sostiene la magistrada requirente—, que lo decidido pueda ser utilizado como argumento para incumplir la obligación referida.

Décimo primero. Finalmente, los argumentos plasmados por la magistrada requirente no solo se desestiman por las consideraciones expuestas precedentemente, sino además, se corroboran y refuerzan con el hecho concreto y real que en el caso que tuvo a su conocimiento, luego de realizar los cuestionamientos a los que se ha hecho alusión, culmina resolviendo en su calidad de juez de la investigación preparatoria, un pedido de prolongación de prisión preventiva, estando el caso, como ella así lo indica en etapa de juzgamiento (auto de citación a juicio). Evidencia palmaria que es absolutamente posible que en la práctica el juez de la investigación preparatoria resuelva dichos pedidos, tanto más, si como lo hemos precisado en este pronunciamiento existe permisividad legal al respecto.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Considérese en **VÍA DE ACLARACIÓN** los fundamentos expuestos en la presente resolución, los mismos que deberán entenderse como parte integrante de la Ejecutoria Suprema, que obra a fojas treinta y dos del cuaderno formado en esta instancia, del diecisiete de octubre de dos mil trece.

II. MANDARON que cumplidos estos trámites se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema. Interviene el señor Juez Supremo Morales Parraguez por licencia del señor Juez Supremo Cevallos Vegas.

S.S. VILLA STEIN/ PARIONA PASTRANA/ BARRIOS ALVARADO/ **NEYRA FLORES**/ MORALES PARRAGUEZ

4.
RECURSO DE NULIDAD N.° 4216-2009-LIMA
REQUISITOS CONCURRENTES PARA DICTAR MANDATO DE DETENCIÓN: VIGENCIA DE LA LEY N.º 29499

Recurso de Nulidad	**N.° 4216-2009-Lima**
Fecha:	25.04.2011
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponentes	José Neyra Flores
Tema	Requisitos concurrentes para dictar mandato de detención: vigencia de la Ley N. 29499
Precedente vinculante	ff. jj. n.os 4-6
Concordancia	Código Procesal Penal: art. VII, 136 y 268 Ley N.° 29499

SUMILLA:

Este Supremo Tribunal considera que la suspensión de la vigencia de la Ley número veintinueve mil cuatrocientos noventa y nueve solo está circunscrita a la aplicación de la Vigilancia Electrónica Personal [...] mas no, respecto a las modificatorias de las normas que no sean directamente contraproducentes con dicho tema, como lo son para el presente caso, los requisitos concurrentes que debe tener en cuenta el juez penal para dictar mandato de detención, así como el supuesto para revocar de oficio o a petición de parte dicha medida coercitiva [...] que la vacación legal a que se hace referencia en la primera disposición final de la Ley número veintinueve mil cuatrocientos noventa y nueve está referida solo a la aplicación de la Vigilancia Electrónica Personal [...] este Supremo Tribunal interpreta que se encuentra vigente la modificatoria de la referida ley respecto al artículo ciento treinta y el Código Procesal Penal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N.° 4216-2009
LIMA

Lima, veinticinco de abril de dos mil once.

VISTOS: El recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica de la encausada Karen Hapuc Chamba Taboada contra la resolución superior de fecha dos de setiembre del dos mil nueve, obrante a fojas trescientos veintiuno, que declaró improcedente la solicitud de variación del mandato de detención por el de

comparecencia restringida a favor de la referida encausada; interviniendo como ponente el señor juez supremo José Antonio Neyra Flores; de conformidad con lo opinado por la señora fiscal suprema en lo Penal;

CONSIDERANDO

Primero: Que, el abogado defensor de la encausada Chamba Taboada al fundamentar su recurso de nulidad, obrante a fojas nueve del cuadernillo formado en esta instancia Suprema, refiere que considera injusta la resolución superior recurrida, debido a que su patrocinada solicita la variación del mandato de detención para poder ponerse a derecho y resolver su situación jurídica, ya que en el proceso penal no existe una sola imputación en su contra, por tanto, no quiere verse privada de su libertad; de igual forma alega que: **i)** Sí existen nuevos elementos de prueba al tenerse la manifiesta voluntad de su patrocinada de ponerse a derecho, para lo cual solo se pide la variación del mandato de detención para que pueda defenderse en acto público**; ii)** a su defendida se le investiga por haber participado en la constitución de la empresa Aspa Minera Industrial Sociedad de Responsabilidad Limitada, la cual fue utilizada para realizar actividades relacionadas con el comercio de oro de origen ilegal, sin embargo, lo cierto es que fue sorprendida en su buena fe, y en todo caso dicha empresa no causó desmedro al Estado; **iii)** la medida excepcional de detención no debe aplicarse como regla general, debido a que restringe el derecho fundamental de la libertad personal; indica que en el caso de su patrocinada no existe el requisito concurrente de peligro procesal, debido a que tiene domicilio conocido y está dispuesta a cumplir las reglas de conducta que se impartan; **iv)** en cuanto al principio de igualdad debe tenerse en cuenta que han sido absueltos algunos procesados que sí habrían tenido responsabilidad en los hechos (investigados, conforme se aprecia de autos; precisa, que el principal procesado refirió que el único que sabía de sus actividades ilícitas era Carlos Guillermo Ladinez Taquín, fundamento que sirvió para absolver a los aludidos procesados, siendo las ejecutorias supremas que confirman las absoluciones, las nuevas pruebas que corroboran la inocencia de su defendida; **v)** la única prueba en contra de su patrocinada y que se esclarecerá en el contradictorio, es la constitución de la empresa Aspa Minera Industrial Sociedad de Responsabilidad Limitada, sin embargo, esta fue sorprendida para dicho efecto, y no recibió ningún beneficio ilegal, subsistiendo su presunción de inocencia, y le resulta aplicable el *indubio pro reo*; y, **vi)** su defendida tiene trabajo conocido, así como no han surgido ni surgirán nuevas pruebas o elementos por cuanto se trata de un proceso reservado.

Segundo: Que, el artículo ciento nueve de la Constitución Política del Perú, establece que *"la Ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte";* por tanto, para efectos de mejor resolver lo que es materia de pronunciamiento en el presente caso, debe hacerse las siguientes precisiones respecto a la normatividad procesal en la República del Perú, referidas a la medida coercitiva personal de mandato de detención o prisión preventiva y la aplicación de la ley procesal:

i) El artículo ciento treinta y cinco del Código Procesal Penal —**Decreto Legislativo número seiscientos treinta y ocho, de fecha veintisiete de abril de mil novecientos noventa y uno—,** establece que "*El juez puede dictar mandato de detención si atendiendo a los primeros recaudos acompañados por el fiscal provincial sea posible determinar:* **1.** *Que existen suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo* [...] ***2.*** *Que la sanción a imponerse o la suma de ellas sea superior a un año de pena privativa de libertad* [...]. ***3.*** *Que existen suficientes elementos probatorios para concluir que el imputado intenta eludir la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria* [...]. *En todo caso, el juez penal podrá revocar de oficio el mandato de detención previamente ordenado cuando nuevos actos de investigación pongan en cuestión la suficiencia de las pruebas que dieron lugar a la medida"* (normatividad que se tuvo en cuenta en la resolución recurrida, atendiendo a que fue emitida con fecha dos de setiembre de dos mil nueve).

ii) La Ley número veintinueve mil cuatrocientos noventa y nueve, publicada en el diario oficial El Peruano el diecinueve de enero del dos mil diez, establece la Vigilancia Electrónica Personal, y entre otros, modifica el artículo ciento treinta y cinco del Código Procesal Penal — **Decreto Legislativo número seiscientos treinta y ocho—,** estableciéndose que "*El juez podrá dictar mandato de detención si, atendiendo a los primeros recaudos acompañados por el fiscal provincial, es posible determinar:* **1.** *Que existen suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo* [...]. **2.** *Que la sanción a imponerse sea superior a los cuatro años de pena privativa de libertad.* **3.** *Que, existen suficientes elementos probatorios para concluir que el imputado intenta eludir la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria* [...]. *En todo caso, el juez penal podrá revocar de oficio o a petición de parte el mandato de detención cuando nuevos actos de investigación demuestren que no concurren los motivos que determinaron su imposición, en cuyo caso el juez podrá disponer la*

utilización de la vigilancia electrónica personal como mecanismo de control, tomando en cuenta lo previsto en el inciso dos del artículo ciento cuarenta y tres del presente Código".

iii) La primera disposición final de la Ley número veintinueve mil cuatrocientos noventa y nueve, establece que la presente Ley entrará en vigencia progresivamente en los diferentes distritos judiciales según el calendario oficial que será aprobado mediante Decreto Supremo, exceptuándose de dicho calendario a los distritos judiciales de Lima, Lima Norte, Lima Sur y Callao, en los cuales la presente Ley será aplicada una vez concluido el proceso de selección por concurso público e implementados todos los mecanismos de la vigilancia electrónica personal, con la vigencia del reglamento pertinente.

iv) Mediante Decreto Supremo número cero trece-dos mil diez-JUS de fecha trece de agosto del dos mil diez se aprobó el Reglamento para la Implementación de la Vigilancia Electrónica Personal, estableciéndose en su artículo segundo, que entrará en vigencia una vez concluido el proceso de selección por concurso público e implementado todos los mecanismos de la Vigilancia Electrónica Personal, lo que será declarado mediante Resolución Ministerial emitida por el titular del sector de Justicia (*lo cual no acontece hasta la fecha —ver Resolución Suprema número ciento dieciocho- dos mil diez-EF de fecha cuatro de noviembre del dos mil diez, que ratifica el acuerdo de Consejo Directivo de PROINVERSIÓN respecto a la inversión privada en el Servicio de Vigilancia Electrónica Personal*).

v) El artículo doscientos sesenta y ocho del Nuevo Código Procesal Penal **—Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y siete, de fecha veintinueve de julio de dos mil cuatro— (vigente en las Cortes Superiores de Huaura, La Libertad, Tacna, Moquegua, Arequipa, Tumbes, Piura, Lambayeque, Puno, Cusco, Madre De Dios, lea, Cañete, Cajamarca, Amazonas, San Martín; así como en las Cortes Superiores de Lima Norte, Lima Sur, y Lima respecto a los delitos contra la Administración Pública),** establece que "*el juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:* **a)** *Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.* **b)** *Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad, y* **c)** *Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludirla acción*

de la justicia (peligro de fuga) u obstaculiza la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización) [...] *".*

vi) El artículo VII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal —**Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y siete**— establece **"la** *ley procesal penal es de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite, y es la que rige al tiempo de la actuación procesal* **[...] La** *ley procesal referida a derechos individuales que sea más favorable al imputado, expedida con posterioridad a la actuación procesal, se aplicará retroactivamente, incluso para los actos ya* ***CONCLUIDOS,*** *si fuera posible".*

Métodos de interpretación de normas

Tercero: Que, de igual forma, debe indicarse que para aplicar la Ley a los casos particulares es necesario comprender el sentido de la misma, para lo cual la doctrina establece diversas clases de interpretación, entre estas, según el método a utilizar, las siguientes:

Interpretación literal

i) Interpretación Gramatical o Literal; que consiste en deducir la manifestación verbal de la norma, a sus palabras se le deben otorgar su verdadero sentido gramatical, esto es, persigue descubrir el significado y sentido de la norma a través del estudio y análisis de la letra de su propio texto; debiendo indicarse que el autor Raúl Peña Cabrera, en su obra Tratado de Derecho Penal, tercera edición, editorial Grijley, año mil novecientos noventa y nueve, página doscientos tres, precisa que *"Si examinada la ley desde el exclusivo ángulo gramatical, la interpretación es clara, los demás medios interpretativos devienen innecesarios".*

Interpretación teleológica

ii) Interpretación Teleológica; que pretende llegar a la interpretación de la norma a través del fin de la misma, buscando el espíritu por el cual fue incorporada al ordenamiento jurídico; indicando al respecto, el autor Raúl Peña Cabrera, en su obra Tratado de Derecho Penal, tercera edición, editorial Grijley, año mil novecientos noventa y nueve, página doscientos cuatro, que es aplicable cuando la ley sea un tanto oscura, en tal caso, debe realizarse una interpretación desde la intención de la norma, esto es, considerar la *ratio legis* (razón de ser de la ley), lo que implica procedimientos lógicos y valorativos, agregando que el profesor Hurtado Pozo refiere en cuanto a este método de interpretación, que se trata de determinar, teniendo en cuenta los objetivos del derecho, qué fines pueden atribuirse razonablemente a la norma legal.

iii) Interpretación Sistemática; introduce la idea de que una norma no es mandato aislado, sino que responde al sistema jurídico normativo orientado hacia un determinado rumbo en el que, conjuntamente con otras normas, se encuentra vigente; esto es, consiste en seleccionar del sistema jurídico todas las normas que sean concordantes para establecer la solución que encuentre equilibrio entre garantías y eficiencia;

indicando al respecto, el autor Raúl Peña Cabrera, en su obra *Tratado de Derecho Penal*, tercera edición, editorial Grijley, año mil novecientos noventa y nueve, página doscientos cinco, que "*Según este método, la ley es interpretada teniéndose en cuenta el terreno que le corresponde en el ordenamiento jurídico penal en relación con la legislación general* [...] *Para entender el orden jurídico, que es uno solo, debemos examinar la Ley como parte de un sistema legislativo único y orgánico, estructurado por principios comunes desde sus bases; de ahí que pasajes oscuros de una ley pueden ser aclarados por otras leyes, especialmente cuando el asunto objeto de las leyes se más o menos el mismo* [...]. *En esta perspectiva, frente a las lagunas, insuficiencias, oscuridades de las leyes o de las disposiciones legales, el juez debe comportarse como si el derecho fuera coherente, completo, desprovisto de antigüedades, equitable y susceptible de conducir a una sola solución*".

Interpretación sistemática

Cuarto: Que, debe indicarse que si bien la primera disposición final de la Ley número veintinueve mil cuatrocientos noventa y nueve —publicada en el diario oficial *El Peruano* el diecinueve de enero de dos mil diez—, establece que la referida Ley entrará en vigencia progresivamente en los diferentes distritos judiciales según el calendario oficial que será aprobado mediante Decreto Supremo, exceptuándose de dicho calendario a los distritos judiciales de Lima, Lima Norte, Lima Sur y Callao, en los cuales será aplicada una vez concluido el proceso de selección por concurso público e implementados todos los mecanismos de la vigilancia electrónica personal, con la vigencia del reglamento pertinente; también lo es, que dicha disposición que regula la vigencia de la norma en cuestión, no debe ser interpretada mediante el método gramatical o literal para tales efectos, sino que en el presente caso debe ser interpretada conforme a los métodos teleológico y sistemático que han sido desarrollados en el considerando anterior.

Primera disposición final de la Ley N.° 29499, debe ser interpretada teleológica y sistemáticamente

Quinto: Que, por tanto, este Supremo Tribunal considera que la suspensión de la vigencia de la Ley número veintinueve mil cuatrocientos noventa y nueve solo está circunscrita a la aplicación de la Vigilancia Electrónica Personal (hasta que se realice el proceso de selección por concurso público e implementen los mecanismos de la Vigilancia Electrónica Personal, lo que será declarado mediante Resolución Ministerial emitida por el titular del sector de Justicia, lo cual a la fecha no se ha realizado por razones de índole económica), mas no, respecto a las modificatorias de las normas que no sean directamente contraproducentes con dicho tema, como lo son para el presente caso, los requisitos concurrentes que debe tener en cuenta el juez penal para dictar mandato de detención, así como el supuesto para revocar de oficio o a petición de parte dicha medida coercitiva —debido a que

no generan gasto económico—; más aún, si se tiene en cuenta que la aludida modificatoria respecto a los requisitos concurrentes para dictar mandato de detención contra un encausado sujeto a un proceso penal en las Cortes Superiores en donde todavía no entró en vigencia el Nuevo Código Procesal Penal —Decreto Legislativo novecientos cincuenta y siete—, resulta más beneficiosa para este (prognosis de pena superior a cuatro años de pena privativa de libertad), respecto a los requisitos establecidos en la norma procesal anterior —Decreto Legislativo número seiscientos treinta y ocho— (prognosis de pena superior a un año de pena privativa de libertad), lo cual permite a su vez que haya igualdad y no discriminación de tratamiento procesal en el referido extremo respecto a los lugares geográficos en donde se lleva a cabo una investigación judicial sujeta al Nuevo Código Procesal Penal —Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y siete—, que establece como uno de los requisitos para dictar detención preventiva, una prognosis de pena mayor a cuatro años de pena privativa de libertad.

Sexto: Que, en consecuencia por los fundamentos anotados y siendo evidente que la vacación legal a que se hace referencia en la primera disposición final de la Ley número veintinueve mil cuatrocientos noventa y nueve está referida solo a la aplicación de la Vigilancia Electrónica Personal (que no ha sido posible hasta la fecha por razones de índole económico), este Supremo Tribunal interpreta que se encuentra vigente la modificatoria de la referida ley respecto al artículo ciento treinta y el Código Procesal Penal —Decreto Legislativo número seiscientos treinta— (aplicable a los procesos que son tramitados mediante el Código de Procedimientos Penales de mil novecientos cuarenta) —que no genera gasto económico—, a excepción de la parte *in fine* de su último párrafo, que establece expresamente en "*cuyo caso el juez podrá disponer la utilización de la vigilancia electrónica personal como mecanismo de control* [...]"; decisión judicial que se corresponde a la observancia del derecho a la libertad y seguridades personales, previsto en el literal "d", inciso veinticuatro del artículo dos e inciso tres del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado (ver fundamento de principio de legalidad penal en la sentencia del Tribunal Constitucional recaído en el Expediente número tres mil novecientos ochenta y siete-dos mil diez-PHC/TC, de fecha dos de diciembre del dos mil diez, caso: Alfredo Alexander Miranda Sánchez) y el debido proceso, previsto en el inciso tres del artículo ciento treinta y nueve del referido Texto Constitucional.

La modificatoria al art. 135 CPP (mandato de detención) se encuentra vigente

Sétimo: Que, la variación del mandato de detención solicitada por la defensa técnica de la encausada Karen Hapuc Chamba Taboada

se encuentra prevista en el último párrafo del artículo ciento treinta y cinco del Código Procesal Penal —Decreto Legislativo número seiscientos treinta y ocho—, modificado en el extremo anotado en la presente Ejecutoria mediante Ley número veintinueve mil cuatrocientos noventa y nueve, publicada en el diario oficial *El Peruano*, el diecinueve de enero del dos mil diez, que establece " [...] *el juez penal podrá revocar de oficio o a petición de parte el mandato de detención cuando nuevos actos de investigación demuestren que no concurren los motivos que determinaron su imposición*"; lo que legitima la realización de un análisis valorativo anticipado de los elementos de prueba incorporados al proceso con posterioridad al acto procesal que impone la medida, a efectos de determinar si éstos son de tal entidad que conlleven a establecer si en el caso concreto aún concurren o no los requisitos para que subsista el mandato de detención.

Octavo: Que revisados los autos se advierte lo siguiente:

i) La Sala Penal Superior declaró improcedente el pedido de variación de mandato de detención de la encausada Karen Hapuc Chamba Taboada hasta en tres oportunidades distintas y anteriores a la solicitud similar que es materia de pronunciamiento, debido a que en dichas ocasiones no existían nuevos elementos que permitieran variar su situación jurídica (*lo cual se corrobora con las copias certificadas de las resoluciones superiores de fechas ocho de enero del dos mil siete, veinticinco de noviembre del dos mil ocho y siete de abril del dos mil nueve, obrantes a fojas doscientos cuarenta y tres, trescientos uno y trescientos ocho, respectivamente*); **ii)** que desde la última resolución superior que declaró improcedente la solicitud de variación de mandato de detención de la encausada Chamba Taboada (siete de abril de dos mil nueve), hasta la fecha en que formuló la nueva solicitud de variación de mandato de detención que originó la resolución cuestionada de fecha dos de setiembre del dos mil nueve, no se han realizado diligencias o actos de investigación que de manera objetiva hagan variar su situación jurídica respecto a la imputación que se le realiza en la acusación fiscal escrita, esto es, el haber participado en la constitución de la empresa Aspa Minera Industrial Sociedad de Responsabilidad Limitada, la cual fue utilizada como fachada para el lavado de dinero proveniente de actividades ilícitas (tráfico ilícito de drogas); y, **iii)** que revisado el escrito de solicitud de variación de mandato de detención por comparecencia restringida que da origen al presente pronunciamiento —obrante en copia certificada a fojas trescientos quince—, así como el recurso de nulidad contra la resolución superior cuestionada —obrante a fojas nueve del cuadernillo formado en esta instancia suprema— se advierte que el pedido de variación de

mandato de detención de la encausada Chamba Taboada se sustenta concretamente en la supuesta voluntad de esta última de ponerse a derecho y así poder defenderse en acto público, así como en las Ejecutorias supremas que confirman las absoluciones de la acusación fiscal de alguno de sus co-procesados; al respecto debe indicarse, que resulta irrelevante la medida coercitiva impuesta a un encausado (mandato de detención o comparecencia) en un proceso penal, para efectos de que éste pueda ejercer su irrestricto derecho de defensa en el acto público del juicio oral, por tanto, el referido argumento no tiene cabida; asimismo, si bien en el presente proceso penal se absolvió a algunos encausados de la acusación fiscal formulada en contra de éstos por el delito que también se le imputa a la encausada Chamba Taboada (lavado de activos); también lo es, que ninguna de las referidas absoluciones tiene relación directa con la mencionada procesada, por cuanto, a esta se le imputa conjuntamente con su co-encausada María Isabel Vargas Arroyo (no habida) el haber colaborado en la constitución de una de las empresas que el encausado Dionicio Alberto Napuri Lavado (condenado) creó como fachada para lavar dinero proveniente del tráfico ilícito de drogas (empresa Aspa Minera Industrial Sociedad de Responsabilidad Limitada).

Noveno: Que, por tanto, en relación a la encausada Chamba Taboada, no se presenta el supuesto previsto en el último párrafo del artículo ciento treinta y cinco del Código Procesal Penal —Decreto Legislativo número seiscientos treinta *y* ocho—, modificado por la Ley número veintinueve mil cuatrocientos noventa y nueve; sin perjuicio de indicar que la referida encausada pese a tener conocimiento del presente proceso penal "instaurado en su contra (lo que se advierte de los escritos presentados) no se ha puesto a derecho para el esclarecimiento de los hechos investigados, actitud con la cual demuestra su intención de no sujetarse a lo dispuesto en la presente causa penal; así como recalcar que en otras tres oportunidades anteriores se declaró improcedente las solicitudes de la variación de la medida coercitiva de detención por la de comparecencia restringida presentadas por la encausada recurrente, en donde al igual que en el presente caso no se advirtió la existencia de nuevos actos de investigación que hagan variar favorablemente su situación jurídica y hagan prever que la pena probable a imponer no será superior a cuatro años de pena privativa de libertad.

Décimo: Que, conforme al artículo trescientos uno-A del Código de Procedimientos Penales — incorporado por el artículo dos del Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve de fecha diecisiete de agosto de dos mil cuatro—, lo anotado en los considerandos

cuarto, quinto y sexto de la presente resolución suprema —referido a la vigencia de la Ley número veintinueve mil cuatrocientos noventa y nueve en lo que respecta a los requisitos concurrentes para dictar mandato de detención— constituye precedente vinculante normativo de cumplimiento obligatorio por los Órganos Jurisdiccionales de la República del Perú.

DECISIÓN

Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la resolución superior de fecha dos de setiembre del dos mil nueve, obrante a fojas trescientos veintiuno, que declaró improcedente la solicitud de variación de mandato de detención por el de comparecencia restringida a favor de la encausada Karen Hapuc Chamba Taboada; en el proceso que se le sigue por el delito de lavado de activos, en agravio del Estado; **DISPUSIERON** que lo anotado en los considerandos cuarto, quinto y sexto de la presente Ejecutoria suprema —referido a la vigencia de la Ley número veintinueve mil cuatrocientos noventa y nueve en lo que respecta a los requisitos concurrentes para dictar mandato de detención— constituye precedente vinculante normativo; **MANDARON** que la presente resolución sea publicada en el diario oficial *El Peruano*, así como a través del portal página web del Poder Judicial.

S.S.

VILLA STEIN / RODRÍGUEZ TINEO / PARIONA PASTRAJNA / NEYRA FLORES / CALDERÓN CASTILLO

II.
LA INCAUTACIÓN

1.
CASACIÓN N.º 45-2012-CUSCO
DELIMITACIÓN A LOS ALCANCES DE LA FIGURA DE INCAUTACIÓN DE BIENES

Casación	**N.º 45-2012-Cusco**
Fecha:	13.08.2013
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponente	Javier Villa Stein
Tema	Delimitación a los alcances de la figura de incautación de bienes
Doctrina jurisprudencial	f. j. n.: III.6
Concordancia	Código Procesal Penal: arts. 218.2, 222.1, 319, 320.1, 316. Ley de Delitos Aduaneros: art. 13

SUMILLA:
III.6.) Los vehículos incautados si bien quedan bajo custodia de la Administración Aduanera por disposición del Fiscal, ello debe ser así hasta que se expida el auto de sobreseimiento, sentencia condenatoria o absolutoria proveniente de resolución firme que ordene su decomiso o disponga su devolución; limitándose la función de dicha entidad a la "custodia del bien", no siendo éste quien determine el futuro del bien incautado; sino es el Juez quien reexamina y dispone la devolución del bien.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 45-2012
CUSCO

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, trece de agosto de dos mil trece

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación concedido por la causal de desarrollo de la doctrina jurisprudencial por falta de motivación al emitir la resolución recurrida al inaplicar una norma jurídica y si el auto recurrido vulnera el debido proceso al apartarse de lo establecido por el Tribunal Constitucional y la Sala Penal Suprema, interpuesto por la defensa técnica del procesado Calixto

Salcedo Pila contra la resolución de vista de folios noventa y dos, del dos de diciembre de dos mil once, que por mayoría confirmó la de primera instancia de folios setenta y tres, del once de octubre de dos mil once, la cual declaró infundada la petición del recurrente, respecto al re examen y consiguiente entrega del bien incautado; en la investigación preparatoria que se le siguió por el delito de receptación aduanera en agravio del Estado - SUNAT.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo Villa Stein.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Del itinerario del proceso en primera instancia

Primero. Que, con fecha dieciocho de agosto de dos mil diez, el personal de ADUANAS - CUSCO, con apoyo del Personal Policial intervinieron el vehículo con placa de rodaje número WB - siete mil doscientos dos, clase camión, marca Nissan, año mil novecientos ochenta y tres, modelo Cóndor, carrocería Baranda, con serie número CM ocho ocho FE uno uno uno cero cuatro y motor número FEB uno uno cero cero cinco uno C de propiedad de Calixto Salcedo Pila, toda vez que dicho vehículo motorizado no cuenta con la DUA de importación, presumiéndose que ingresó al país de forma ilícita. Asimismo, se advierte que la inmatriculación del vehículo fue realizado por el investigado Luis Augusto Riveros Coronación ante la Oficina Registral de Piura, documentación en la cual existe la factura con serie número cero cero uno - cero cero cero cuatro ocho nueve emitida por FAMEHIZU EIRL, que habría sido adulterada y en la cual se observa la descripción del vehículo antes detallado. De igual forma se tiene que el referido vehículo fue vendido posteriormente a Juan Didi Quispe Orellana, quien a su vez lo transfirió a Mary Elsa Peceros Oscco; posteriormente a Haydee Nelly Choquehuanca Quispeluza y Abelino Umiyauri Saico, quienes lo transfirieron a Juanito Mamani Soto y finalmente a Calixto Salcedo Pila.

Segundo. Que, de realizada las respectivas diligencias preliminares en contra del recurrente Calixto Salcedo Pila y otros —Haydee Nelly Choquehuanca Quispeluza, Abelino Umiyauri Saico y Juanita Mamani Soto—, mediante Disposición Fiscal número cero cinco guión dos mil once MP-2FPPCC-SANTIAGO, de fecha veinticuatro de marzo de dos mil once, dispuso declarar que no procede formalizar y continuar con la investigación preparatoria contra los referidos investigados por la presunta comisión del delito aduanero en la modalidad de receptación aduanera en agravio del Estado representado por SUNAT (ADUANAS) —ver fojas diez—.

Tercero. Que, la Primera Fiscalía Superior Penal de Cusco mediante Disposición número doscientos sesenta y uno guión dos mil once, de fecha trece de mayo de dos mil once, declaró infundado la elevación de actuados, aprobándose por tanto la Disposición Fiscal número cero cinco guión dos mil once MP-2FPPCC-

SANTIAGO, de fecha veinticuatro de marzo de dos mil once —véase fojas diecisiete—.

Cuarto. Posteriormente el recurrente Salcedo Pila con fecha treinta de setiembre de dos mil once, solicitó reexamen y entrega del bien incautado, debiendo levantarse la referida medida al amparo de lo establecido en el artículo trescientos diecinueve en concordancia del artículo trescientos veinte del Código Procesal Penal; por lo que el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria, mediante Resolución número cuatro de fecha once de octubre de dos mil once, resolvió declarar Infundada la petición de re examen y consiguiente entrega del bien incautado.

Contra el referido auto, la defensa técnica del imputado interpuso recurso de apelación, siendo concedido por auto de fojas setenta y nueve, de fecha dieciocho de octubre de dos mil once.

II. Del trámite recursal en segunda instancia

Quinto. El Tribunal Superior, culminada la fase de traslado de la impugnación conforme así lo ordenó mediante resolución de fojas ochenta y seis, de fecha quince de noviembre de dos mil once. Realizada la audiencia de apelación, el Tribunal de Apelación cumplió con emitir y leer en audiencia pública la resolución de apelación de auto de fojas noventa y dos del dos de diciembre de dos mil once.

Sexto. La resolución de vista recurrida en casación, por mayoría, confirmó el auto recurrido de fecha once de octubre de dos mil once, que resolvió declarar infundada la petición de re examen y consiguiente entrega del bien incautado.

III. Del Trámite del recurso de casación de Calixto Salcedo Pila

Sétimo. Leída la resolución de vista, el recurrente Salcedo Pila interpuso recurso de casación mediante escrito de fojas noventa y siete. Siendo concedido su recurso por auto de fojas ciento cinco, respecto a la causal invocada para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial; inaplicar la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias recaídas en los expedientes N.º 1210-2004-AA/TC y N.º 2856-2009-AA/TC y en la Casación N.º 66-2011; y que tampoco se aplicó correctamente lo señalado por el artículo trescientos diecinueve incisos a) y b) del Código Procesal Penal, elevándose la causa a este Supremo Tribunal con fecha veinte de enero de dos mil doce.

Octavo. Cumplido el trámite de traslado a las partes recurridas, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria de fojas once, del cuaderno de casación, del veinte de abril de dos mil doce, en uso de su facultad de corrección, admitió a trámite el recurso de casación respecto a las causales invocadas por: falta de motivación al emitir la resolución recurrida al inaplicar una norma jurídica y si el auto recurrido vulnera

el con emitir y leer en audiencia pública la resolución de apelación de auto de fojas noventa y dos del dos de diciembre de dos mil once.

Sexto. La resolución de vista recurrida en casación, por mayoría, confirmó el auto recurrido de fecha once de octubre de dos mil once, que resolvió declarar infundada la petición de re examen y consiguiente entrega del bien incautado.

III. Del Trámite del recurso de casación de Calixto Salcedo Pila

Sétimo. Leída la resolución de vista, el recurrente Salcedo Pila interpuso recurso de casación mediante escrito de fojas noventa y siete. Siendo concedido su recurso por auto de fojas ciento cinco, respecto a la causal invocada para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial; inaplicar la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias recaídas en los expedientes N.º 1210-2004-AA/TC y N.º 2856-2009-AA/TC y en la Casación N.º 66-2011; y que tampoco se aplicó correctamente lo señalado por el artículo trescientos diecinueve incisos a) y b) del Código Procesal Penal, elevándose la causa a este Supremo Tribunal con fecha veinte de enero de dos mil doce.

Octavo. Cumplido el trámite de traslado a las partes recurridas, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria de fojas once, del cuaderno de casación, del veinte de abril de dos mil doce, en uso de su facultad de corrección, admitió a trámite el recurso de casación respecto a las causales invocadas por: falta de motivación al emitir la resolución recurrida al inaplicar una norma jurídica y si el auto recurrido vulnera el debido proceso al apartarse de lo establecido por el Tribunal Constitucional y la Sala Penal Suprema.

Noveno. Que, cumplido el trámite previsto por el apartado uno del artículo cuatrocientos treinta y uno del nuevo Código Procesal Penal se llevó a cabo la audiencia de casación conforme a sus propios términos y según consta en el acta correspondiente.

Deliberada la causa en sesión secreta y producida la votación corresponde dictar sentencia absolviendo el grado, que se leerá en audiencia pública conforme a lo dispuesto por el artículo cuatrocientos treinta y uno, apartado cuatro del Nuevo Código Procesal Penal, en concordancia con el artículo cuatrocientos veinticinco, apartado cuatro, del Código acotado, el día veintiséis de setiembre de dos mil trece, a las ocho y treinta de la mañana.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Del ámbito de la casación

Primero. Conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas once del cuaderno de casación, del veinte de abril de dos mil doce,

el motivo del recurso de casación se centra en "falta de motivación al emitir la resolución recurrida al inaplicar una norma jurídica" —prevista en el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal— y "si el auto recurrido vulnera el debido proceso al apartarse de lo establecido por el Tribunal Constitucional y la Sala Penal Suprema" —prevista en el inciso cinco del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal—.

Segundo. El recurrente, alega que los jueces de Primera y Segunda instancia al momento de resolver, no realizaron una debida motivación para no aplicar lo dispuesto por los incisos a) y b) del artículo trescientos diecinueve del Código Procesal Penal; asimismo, señala que vulneraron el debido proceso al haberse apartado de lo establecido por el Tribunal Constitucional y la Sala Penal Suprema respecto al levantamiento de la medida cautelar restrictiva sobre un determinado bien al comprador de buena fe. Finalmente, concluye indicando que si se hubiera aplicado la norma precitada y doctrina, habría sido atendible el requerimiento de levantamiento de la medida de incautación del vehículo decomisado.

II. Sobre la falta de motivación al emitir la resolución recurrida al inaplicar una norma jurídica y si el auto recurrido vulnera el debido proceso al apartarse de lo establecido por el Tribunal Constitucional y la Sala Penal Suprema

II.1. A manera de introducción, es del caso referirnos al Acuerdo Plenario número cinco guión dos mil diez oblicua CJ guión ciento dieciséis del dieciséis de noviembre de dos mil diez, toda vez que efectúa un desarrollo respecto a los dos tipos de incautación, la incautación instrumental, que se encuentra contenida en el artículo doscientos dieciocho del Código Procesal Penal, recaída contra bienes que constituyen cuerpo de delito, o contra cosas que se relacionen con el delito que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados; y de otro lado se refiere a la incautación cautelar, contenido en los artículos trescientos dieciséis y siguientes del Código Procesal Penal, que incide en los efectos provenientes de la infracción penal, en los instrumentos con los que se ejecutó y en los objetos del delito.

Tipos de incautación

II.2. Por su parte el artículo doscientos dieciocho, segundo párrafo del acotado Código Procesal dispone: "La Policía no necesitará autorización del Fiscal ni orden judicial cuando se trata de una intervención en flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, de cuya ejecución dará cuenta inmediata al Fiscal [...]. En todos estos casos, el Fiscal una vez que tomó conocimiento de la medida o dispuso su ejecución, requerirá al juez de la investigación preparatoria la

correspondiente resolución confirmatoria"; que, en ese mismo sentido se tiene lo desarrollado por el antes citado Acuerdo Plenario, asunto "incautación" en la que precisa: 'La incautación, instrumental o cautelar, es una medida que la realiza, en primer término, la Policía o la Fiscalía [...], 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 de 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"[1].

Régimen de la incautación

II.3. Para el caso en concreto se debe tener presente lo dispuesto por el artículo trescientos diecinueve del Código Adjetivo, que establece: "... a) Si varían los presupuestos que determinaron la imposición de la medida de incautación, ésta será levantada inmediatamente, a solicitud del Ministerio Público o del interesado; b) Las personas que se consideren propietarios de buena fe de los bienes incautados y que no han intervenido en el delito investigado, podrán solicitar el reexamen de la medida de incautación, a fin que se levante y se le entreguen los bienes de su propiedad...".

Variación y reexamen de la incautación

II.4. Que, al señalar la instancia de mérito, que la autoridad judicial ya no era competente, ni podía proceder al reexamen de incautación, mucho menos ordenar la devolución del bien, al no existir investigación vigente; no consideró que el Código Adjetivo además de la norma antes citada —numeral II. 3—, también dispone en su inciso uno del artículo doscientos veintidós del citado Código que: "El Fiscal y la Policía con conocimiento del primero podrá devolver al agraviado o a terceros los objetos incautados, o entregar los incautados que ya fueron utilizados en la actividad investigadora, con conocimiento del juez de la investigación preparatoria. Asimismo, podrá devolverlos al imputado si no tuvieran ninguna relación con el delito".

Devolución de los bienes incautados

II.5. Adicionalmente a ello, se tiene lo dispuesto por el inciso uno del artículo trescientos veinte del Código Procesal Penal, que establece: "Dictada sentencia absolutoria, auto de sobreseimiento o de archivo de las actuaciones, los bienes incautados se restituirán a quien tenga derecho.", normativa legal que es de obligatorio cumplimiento en el caso en concreto, y que no fue advertido por las instancias de mérito;

1 Acuerdo Plenario N.º 5-2010/CJ-116, 16 de noviembre de 2010, fundamento 11 "Régimen de la incautación".

más aún si en el presente caso, la investigación contra el recurrente concluyó con la no formalización de la investigación preparatoria, y de haberse demostrado que la naturaleza jurídica del bien no tiene ninguna relación con el comprador de buena fe.

Pérdida de eficacia de la incautación

II.6. Que, aunado a ello, mediante Casación N.º 66-2011[2], la Suprema Sala estableció que: "...en los casos en que se haya dado por finalizada la investigación preparatoria con la consiguiente declaración de archivo, los bienes que hayan sido materia de incautación deben ser devueltos en virtud de la norma procesal penal [...]" —ver Fundamento Jurídico Sétimo—.

Respaldo Casacional de la devolución de bienes incautados

II.7. En consecuencia, la forma y procedimiento que debe tomarse en cuenta cuando se trate de bienes materia de incautación, se encuentran debidamente regulados por nuestra norma procesal penal, y reconocida mediante jurisprudencia penal expedida en esta Suprema instancia, advirtiéndose con ello que el Colegiado Superior no advirtió e inaplicó lo citado. Por lo que, su casación resulta de recibo.

III. Sobre desarrollo de doctrina jurisprudencial

III.1. A fin de establecer si los vehículos incautados se deben quedar bajo custodia de la Administración Aduanera hasta que se expida el auto de sobreseimiento, sentencia condenatoria o absolutoria proveniente de resolución firme que ordene su decomiso o disponga su devolución; y por tanto sea el Juez quien reexamine y disponga la devolución del bien.

Incautación: finalidad

III.2. Al respecto, es del caso anotar que el artículo décimo tercero de la Ley de Delitos Aduaneros señala que: "El Fiscal ordenará la incautación y secuestro de las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito, los que serán custodiados por la administración aduanera en tanto se expida el auto de sobreseimiento, sentencia condenatoria o absolutoria, proveniente de resolución firme, que ordene su decomiso o disponga su devolución al propietario [...]". Esto es, el referido artículo regula la incautación y secuestro de aquellos bienes que constituyan objeto de delito, y el procedimiento respecto a la custodia del mismo por parte de la administración aduanera, así como la posibilidad de su decomiso o devolución, luego de emitida una resolución firme en cada caso concreto.

Incautación y secuestro de bienes objeto del delito

III.3. De otro lado, debemos nuevamente analizar los artículos procesales relacionados con el norma anterior, como son el artículo doscientos veintidós del Código Procesal Penal, que señala: "El Fiscal

2 Casación N.º 66-2011, Cusco, Sala Penal Permanente, 15 de agosto de 2011.

y la Policía con conocimiento del primero podrá devolver al agraviado o a terceros los objetos incautados o entregar los incautados que ya fueron utilizados en la actividad investigadora, con conocimiento del juez de la investigación preparatoria. Asimismo podrá devolverlos al imputado si no tuvieren ninguna relación con el delito. La devolución podrá ordenarse provisionalmente y en calidad de depósito [...]". Este artículo prevé que tanto el Fiscal como la Policía tienen la facultad de devolver los objetos incautados a los agraviados, terceros o incluso al propio imputado, si no tuviera relación con el delito, disposición que debe ser puesta obligatoriamente en conocimiento al juez de la investigación preparatoria; lo acotado guarda concordancia con lo previsto en la parte *in fine* del segundo numeral del artículo doscientos dieciocho del mismo cuerpo legal que precisa que en todos los casos —relativo a la incautación sin pedido expreso al Juez cuando existe flagrancia o peligro inminente de la perpetración de un ilícito— el Fiscal una vez que tomó conocimiento de la medida o dispuso su ejecución, requerirá al juez de la Investigación Preparatoria la correspondiente resolución confirmatoria.

Facultades del fiscal y la policía

III.4. En ese sentido, se tiene que ambas normas precitadas, colisionan entre sí, pues mientras el primer enunciado estrictamente requiere que se haya emitido una resolución firme, ya sea de sobreseimiento, sentencia absolutoria o condenatoria, para que se determine la suerte del bien incautado —sea una orden de decomiso o la devolución del mismo—; el segundo enunciado se refiere a la facultad de devolver el bien, cuando ya fueron utilizados en la actividad investigadora, con conocimiento del juez de la investigación preparatoria, empero, tiene concordancia con el artículo doscientos dieciocho del Código Procesal Penal; existiendo un evidente conflicto normativo pues ambas regulan simultáneamente el mismo supuesto de hecho, razón por la cual esta Suprema instancia, mediante la Casación número trescientos cuarenta y dos - dos mil once[3], estableció: "En atención al principio de especialidad, debemos precisar que si bien, bajo dicho principio, la norma especial prima sobre la norma general; también lo es que respecto a estas dos normas que colisionan, materia del presente recurso casatorio, se advierte que la Ley número veintiocho mil ocho se limita a señalar la facultad del Fiscal respecto a la incautación y secuestro de bienes, y la disposición de que sea la administración aduanera quien lo custodie; sin embargo, no establece un procedimiento específico, en tanto resulta cierto que es el Ministerio Público titular de la acción penal, quien tiene la carga de la prueba y asume la conducción de la investigación desde su inicio, conforme así

Conflicto de normas

3 Sentencia de Casación N.º 342-2011, Sala Penal Permanente, 02 de julio de 2013.

lo prevé el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal; no obstante, debe tenerse en cuenta que este nuevo modelo procesal reforzó la función investigadora del Ministerio Público, también lo es que, en forma similar ha dotado al juzgador de efectivos poderes de control de la etapa de investigación, entre otros, la vigilancia a la Policía Nacional y el Fiscal para que cumplan con garantizar los derechos de las personas comprendidas en una investigación; como así lo establece el artículo V del Título Preliminar del Código acotado que expresa que al órgano jurisdiccional no sólo le corresponde la dirección de la etapa intermedia y de juzgamiento, sino emita resoluciones previstos en la ley."

Aplicación del principio de especialidad

III.5. Concluyendo, que el artículo trece de la Ley número veintiocho mil ocho, no abarcaba todo el procedimiento a seguir como consecuencia de la incautación de bienes objeto de delitos, ni hacía referencia sobre la responsabilidad que tiene el juzgador de confirmar la incautación que en un inicio dispuso el representante del Ministerio Público, conforme lo establece el artículo doscientos dieciocho del Código Procesal Penal.

Responsabilidad del juzgador respecto a la incautación

III.6. Entonces, se tiene que los vehículos incautados si bien quedan bajo custodia de la Administración Aduanera por disposición del Fiscal, ello debe ser así hasta que se expida el auto de sobreseimiento, sentencia condenatoria o absolutoria proveniente de resolución firme que ordene su decomiso o disponga su devolución; limitándose la función de dicha entidad a la "custodia del bien", no siendo éste quien determine el futuro del bien incautado; sino es el Juez quien reexamina y dispone la devolución del bien, quedando esto como doctrina jurisprudencial.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. FUNDADO el recurso de casación por la causal de desarrollo de doctrina jurisprudencial —artículo cuatrocientos veintisiete punto cuatro del Código Procesal Penal—.

II. ESTABLECIERON como doctrina jurisprudencial que los vehículos incautados que quedan bajo custodia de la Administración Aduanera por disposición del Fiscal, confirmado por el juez de la investigación preparatoria, debe ser así hasta que se expida el auto de sobreseimiento, sentencia condenatoria o absolutoria proveniente de resolución firme que ordene su decomiso o disponga su devolución; siendo el Juez el único facultado para reexaminar y disponer de la devolución del bien; de acuerdo a cada caso concreto.

III. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por las causales: Falta de motivación al emitir la resolución recurrida al inaplicar una norma jurídica —artículo cuatrocientos veintinueve punto cuatro del Código Procesal Penal—, y

si el auto recurrido vulnera el debido proceso al apartarse de lo establecido por el Tribunal Constitucional y la Sala Penal Suprema —artículo cuatrocientos veintinueve inciso cinco del Código Procesal Penal—, interpuesto por la defensa técnica del procesado Calixto Salcedo Pila.

IV. En consecuencia, actuando en sede de instancia: **REVOCARON** la resolución de vista de folios noventa y dos, del dos de diciembre de dos mil once, que por mayoría confirmó la de primera instancia de folios setenta y tres, del once de octubre de dos mil once, que declaró infundado la petición del recurrente, respecto al re examen y consiguiente entrega del bien incautado; en la investigación preparatoria que se le siguió por el delito de receptación aduanera en agravio del Estado - SUNAT; **REFORMÁNDOLA** se declare fundada la solicitud de reexamen de la incautación y en esa virtud se devuelva el vehículo de placa de rodaje número P1L-946, marca Nissan a su propietario Calixto Salcedo Pila, sin perjuicio de las investigaciones que viene realizando el representante del Ministerio Público respecto a otros presuntos responsables; y los devolvieron.

V. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes, y se publique en el diario oficial "El Peruano".

VI. MANDARON que cumplidos los trámites pertinentes, se devuelvan los autos al Tribunal de Origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema. Interviene el señor Juez Supremo Príncipe Trujillo por goce vacacional del señor Juez Supremo Salas Arenas.

S.S. VILLA STEIN /PARIONA PASTRANA /BARRIOS ALVARADO /TELLO GILARDI / PRÍNCIPE TRUJILLO

2.
CASACIÓN N.º 113-2013-AREQUIPA
IMPOSIBILIDAD DE DEVOLVER EL BIEN INCAUTADO CUANDO ESTE ES INTRÍNSECAMENTE DELICTIVO

Casación	**N.º 113-2013-Arequipa**
Fecha:	16.09.2014
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponente	Segundo Morales Parraguez
Tema	Imposibilidad de devolver el bien incautado cuando este es intrínsecamente delictivo
Doctrina jurisprudencial	ff. jj. n.os 13-16
Concordancia	Código Procesal Penal: arts. 320.1, 347.2, 427.4, 429 Ley de Delitos Aduaneros: art. 13, 33, 45 Constitución Política del Perú: art. 139

SUMILLA:

16.) La ley dentro de un sistema constitucional de derecho no puede ser utilizada para que un acto que la contraviene se cubra con un manto de legalidad a través de una decisión judicial [...]. En el presente caso, el texto de la ley ha dispuesto que si un vehículo que es incautado por estar incurso en un acto de contrabando, y al no haberse acreditado judicialmente el delito, este debe ser devuelto; sin embargo, cuando el bien producto del contrabando [...] es intrínsecamente, sustancialmente o constitutivo de un delito no resulta que éste sea devuelto para su tráfico [...]; desarrollándose interpretativamente por extensión el artículo 320 inciso 1 del nuevo Código Procesal Penal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 113-2013
AREQUIPA

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, dieciséis de setiembre de dos mil catorce

VISTO; en audiencia pública; el recurso de casación bien concedido por una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación, además para

el desarrollo de doctrina jurisprudencial, interpuesto por la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria —SUNAT— contra el auto de vista de folios ciento ochenta y uno a ciento ochenta y cuatro, de fecha veintiuno de diciembre de dos mil doce, que confirmó la resolución N.º 12 de folios ciento veintitrés, de fecha seis de setiembre de dos mil doce, en el extremo que dispuso la devolución del vehículo de placa de rodaje BC-7232. Interviene como ponente el señor Juez Supremo Morales Parraguez.

ANTECEDENTES

DECISIÓN CUESTIONADA

Primero. Lo es el auto de vista emitido por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fecha veintiuno de diciembre de dos mil doce, que confirmó el auto de primera instancia, que contenía la resolución N.º 12, de fecha seis de setiembre del dos mil doce, en el extremo que dispuso la devolución del vehículo incautado de placa de rodaje BC-7232.

ITER PROCESAL

Segundo. El Fiscal de la Segunda Fiscalía Provincial Corporativa de Arequipa con arreglo al Nuevo Código Procesal Penal formula requerimiento de acusación contra Lhuis Jhon Guevara Soto, con fecha nueve de abril de dos mil doce, por el delito contra la fe pública, en la modalidad de falsedad ideológica, previsto en el primer y segundo párrafo del artículo 428 del Código Penal, en agravio de Omar Romero Sánchez, Juan Marcelo Quispe Nina y del Estado, representado por la SUNARP, y por delito aduanero en la modalidad de contrabando, tipificado en el artículo 1 de la Ley N.º 28008, en agravio del Estado, representado por la SUNAT.

Tercero. Con fecha veintinueve de junio de dos mil doce se publica en el Diario Oficial El Peruano, el Decreto Legislativo N.º 1111 que modifica la Ley de Delitos Aduaneros, Ley N.º 28008; por lo que el Fiscal de la Segunda Fiscalía Provincial Corporativa de Arequipa presenta un escrito solicitando el sobreseimiento del proceso respecto al delito de contrabando, sustentado en el hecho que el valor del vehículo incautado no era superior a las 4 UIT como lo prescribe el artículo 1 de la Ley antes mencionada y su respectiva modificatoria.

Cuarto. El seis de setiembre de dos mil doce se llevó a cabo la audiencia de Control Mixto, dentro de la cual se expide la resolución N.º 12, que resolvió declarar fundado el requerimiento mixto en el extremo del sobreseimiento a favor de Lhuis Jhon Guevara Soto y dispuso la devolución del vehículo incautado de placa de rodaje BC-7232, la misma que fue objeto de apelación por parte del Procurador Público Ad-Hoc de la SUNAT.

Quinto. La Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fecha veintiuno de diciembre de dos mil doce, confirmó el auto de primera instancia, que contenía la resolución N.º 12, de fecha seis de setiembre de dos mil doce, en el extremo que dispuso la devolución del vehículo incautado de placa de rodaje BC-7232.

CONSIDERANDO

TRÁMITE DEL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR LA SUNAT

Sexto. Contra el auto de vista antes mencionado, el Estado representado por la SUNAT interpuso recurso de casación mediante escrito que obra de folios doscientos veinticuatro a doscientos treinta y cuatro, del cuaderno de control de acusación, invocando la causal prevista en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del nuevo Código Procesal penal, referida a una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación, invocó además la causal excepcional prevista en el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código antes mencionado referida al desarrollo de doctrina jurisprudencial.

Sétimo. Esta Sala Suprema mediante ejecutoria suprema de fecha dieciséis de agosto de dos mil trece y que obra de folios sesenta y siete a setenta y uno, del cuadernillo de casación, en uso de sus facultades, calificó el recurso de casación como bien concedido, por la causal contenida en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del nuevo Código Procesal penal, y la causal excepcional contenida en el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código antes referido.

Octavo. Instruido el expediente en secretaría, señalada la fecha para la audiencia de casación el día veinticinco de setiembre de dos mil catorce, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

FUNDAMENTOS DE LOS AUTOS IMPUGNADOS EN PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA

Noveno. Tanto la resolución apelada, que obra de folios ciento veintitrés a ciento veinticuatro, de fecha seis de setiembre de dos mil doce, así como el auto de vista, que obra de folios ciento ochenta y uno a ciento ochenta y cuatro, de fecha veintiuno de diciembre de dos mil doce, fundamentan su decisión en el extremo de la devolución del vehículo incautado de placa de rodaje BC-7232, en el inciso dos del artículo trescientos cuarenta y siete del nuevo Código Procesal Penal que señala: "El sobreseimiento tiene carácter definitivo. Importa el archivo definitivo

de la causa con relación al imputado en cuyo favor se dicte y tiene la autoridad de cosa juzgada. En dicha resolución se levantarán las medidas coercitivas, personales y reales, que se hubieren expedido contra la persona o bienes del imputado". En las citadas resoluciones, el actor civil —SUNAT— alega que ella es la entidad con facultad para decidir sobre el bien incautado al haberse configurado una infracción administrativa. Respecto a este argumento, las instancias de mérito sostienen que el artículo trece de la Ley N.º 28008, modificada por el Decreto Legislativo N.º 1111, en su segundo párrafo prescribe la prohibición de entregar o devolver bienes y efectos que constituyan objetos del delito en tanto no medie sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento: "Queda prohibido, bajo responsabilidad, disponer la entrega o devolución de las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito, así como de los medios de transporte o cualquier otro instrumento empleados para la comisión del mismo, en tanto no medie sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento proveniente de resolución firme que disponga su devolución dentro del proceso seguido por la comisión de delitos aduaneros [...]", y en su tercer párrafo refiere que dicha entrega o devolución alcanza a las disposiciones dictadas por el Ministerio Público si luego de la investigación preliminar o de las diligencias preliminares se declare que no procede promover la acción penal o se disponga el archivo de la denuncia: "La prohibición de disponer la entrega o devolución de las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito, así como de los instrumentos empleados para su comisión, alcanza igualmente a las resoluciones o disposiciones dictadas por el Ministerio Público, si luego de la investigación preliminar o de las diligencias preliminares, se declare que no procede promover la acción penal o se disponga el archivo de la denuncia. En dichos casos corresponderá a la Administración Aduanera la evaluación de lo devolución de estas mercancías, bienes, efectos, medios de transporte e instrumentos del delito, previa verificación del cumplimiento de las obligaciones tributarias aduaneras que amparen su ingreso lícito, internamiento, tenencia o tránsito en el territorio nacional." Teniendo en consideración lo antes señalado, las instancias de mérito consideran que la disposición de entrega por parte de la SUNAT de bienes incautados, procedería cuando producto de las investigaciones preliminares o diligencias preliminares realizadas por el Ministerio Público, este declare que no promoverá acción penal o disponga el archivo de la denuncia, es decir, en una etapa pre-jurisdiccional y no en el estadio procesal en que se encuentra la causa, la cual se judicializó una vez formalizada la investigación preparatoria, correspondiéndole al órgano jurisdiccional emitir la decisión de devolver o no el bien incautado; en este sentido, el juez en uso de sus atribuciones dispuso la devolución del bien incautado.

AGRAVIOS PLANTEADOS POR EL RECURRENTE - SUNAT

Décimo. La defensa del Estado, en este caso, la Procuraduría del Estado, mediante escrito que obra de folios doscientos veinticuatro a doscientos treinta

y cuatro, del cuaderno de control de acusación, lamenta su recurso de casación, amparándose en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del nuevo Código Procesal Penal, y la causal excepcional contenida en el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete, del Código antes referido, sosteniendo como argumentos de agravio lo siguiente: **a)** Cuestiona la aplicación restrictiva de la norma de carácter procesal penal, sin tomar en cuenta una norma de carácter especial como es el caso de la Ley N.º 28008, con lo cual se estaría legalizando la mercancía cuyo ingreso al país ha sido de manera ilegal. **b)** Alega necesario que exista pronunciamiento uniforme respecto a los casos generados luego de la dación del Decreto Legislativo N.º 1111 (Junio de 2012) que modificó la Ley N.º 28008, ya que después de su entrada en vigencia son diversas las formas en que los magistrados están aplicando la retroactividad benigna a favor de los imputados, siendo el presente, el primer caso en el que se ordena la devolución de la mercancía ilícita, pues en otros casos se ha dejado a salvo la facultad Administración sobre dichos bienes; más aún cuando se trata sobreseimiento de la causa, que tiene la autoridad de cosa a, y que, aunque importaría solo en el extremo de la ejecución penal, mas no respecto de la facultad sancionadora que tiene la Administración Aduanera en cuanto los hechos ahora constituyen una infracción administrativa.

FUNDAMENTOS EXPUESTOS EN EL AUTO DE CALIFICACIÓN QUE CONCEDIÓ EL RECURSO DE CASACIÓN

Décimo Primero. Al respecto, el Colegiado Supremo en la Ejecutoria Suprema de fecha dieciséis de agosto de dos mil trece y que obra de folios sesenta y siete a setenta y uno, del cuadernillo de casación, luego analizar el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad del recurso de casación, señaló en el cuarto y quinto considerando, del auto de calificación, lo siguiente: "**Cuarto**. Que, la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria ha señalado la causal de indebida aplicación, errónea interpretación o falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación —prevista en el numeral tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal—, y, de excepcionalidad del desarrollo de doctrina jurisprudencial que prevé el numeral cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código acotado. En cuanto a la primera causal, precisa que se trata de la aplicación restrictiva de la norma de carácter procesal, sin tomar en cuenta normas de carácter especial, como es el caso de los alcances del artículo treinta y tres y siguientes de la Ley número veintiocho mil ocho —Ley de los Delitos Aduaneros—. En lo referente a la segunda causal, señala que se trata de un caso en el que se encuentra plenamente acreditada la procedencia ilegal de la mercancía consistente en un vehículo Nissan Sentra, año mil novecientos noventisiete, valorizado por la administración aduanera en la suma de diez mil ciento cincuenta y cuatro nuevos soles con veintidós céntimos, monto que superó las dos UIT, elemento cuantitativo del tipo penal elevado a cuatro UIT con la dación del Decreto Legislativo mil ciento once, aplicado el veintinueve

de junio de dos mil doce, en el Diario Oficial "El Peruano", que modifica la Ley número veintiocho mil ocho —Ley de los Delito Aduaneros—, deviniendo en el presente caso en una infracción administrativa. Agrega, que en este contexto el órgano jurisdiccional carece de competencia para disponer la devolución de un bien cuyo destino final corresponde pronunciarse a la Administración Aduanera en virtud de ley expresa, conforme a lo dispuesto por los artículos treinta y tres y cuarenta y cinco de la Ley número veintiocho mil ocho, modificado por el Decreto Legislativo mil ciento once. Por último, agrega que sólo se ha favorecido al imputado en cuanto a su responsabilidad penal, más no respecto a la responsabilidad administrativa concerniente al ingreso ilegal de mercancía al territorio peruano, sin el pago de los tributos aduaneros; por siguiente, al haber dejado de ser el hecho investigado delito, también la mercancía ha dejado de ser objeto de delito, deviniendo en una infracción administrativa cuyo destino final le corresponde a la Administración Aduanera, de manera exclusiva y excluyente.

Quinto. Que, en atención a los alegado por el recurrente, debe advertirse que existe un conflicto interpretativo a nivel de aplicación de la Ley número veintiocho mil ocho, modificada por el Decreto Legislativo mil ciento once, referente a la imposibilidad de devolución, ni disposición de las mercancías por las cuales se investiga el delito, salvo que exista sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento proveniente de resolución firme que disponga la devolución dentro del proceso seguido por la comisión del delito aduanero, circunstancias que no habrían sido consideradas por el Colegiado Superior, a pesar de advertir que existirían razones para la no devolución del automóvil de placa de rodaje BC siete mil doscientos treinta y dos; razón por la que debe atenderse al amparo del desarrollo de doctrina jurisprudencial, a efecto que: **a) se precisen y delimiten** los alcances generados luego de la dación del Decreto Legislativo mil ciento once, que modificó la Ley número veintiocho mil ocho, respecto de la devolución o no de la mercancía ilícita; **b) se efectúe** una interpretación en relación a las facultades de la administración en aquellos casos en los que los hechos constitutivos de delito aduanero por la cuantía deban de ser de conocimiento de la administración aduanera."

SOBRE EL DESARROLLO DE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Décimo Segundo. El recurrente, Superintendencia Nacional de Administración Tributaria —SUNAT—, sostiene como principal cuestión de su recurso de casación, el hecho de que el órgano jurisdiccional haya ordenado la devolución del vehículo incautado al dictarse el auto de sobreseimiento respecto del delito de contrabando instaurado contra Luis Jhon Guevara Soto.

Circunscrito el tema en análisis es preciso señalar previamente lo que debe entenderse por una interpretación literal o una interpretación constitucional. La interpretación literal no es más que la simple lectura

de algún texto legal, mientras que una interpretación constitucional requiere una orientación sistemática destinada a que la resolución de los casos sea justa y conforme a ley.

Décimo Tercero. Es pertinente realizar algunas precisiones sobre la casación, en razón de que en nuestro ordenamiento jurídico, el recurso de casación como medio de impugnación es de carácter especial y extraordinario; un recurso singular que permite acceder a la Sala Penal de la Corte Suprema con cognición especial, sobre vicios en la resolución por infracciones normativas que inciden en la decisión judicial, que en este caso concreto están referidos a interpretaciones erróneas de normas de derecho procesal. En este sentido la casación tiene entre sus finalidades. **1.** Función nomofiláctica orientada a la adecuada aplicación e interpretación del derecho objetivo al caso concreto, **2.** Función Unificadora, orientada a la unificación o uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia (Artículo 384 del Código Procesal Civil, modificado por el artículo 1 de la Ley N.º 29364 publicada el 28 mayo 2009). **3.** Y, la Función dikelógica, o buscar la justicia en el caso concreto, en tanto que la justicia es la razón de ser de la actividad jurisdiccional conforme se desprende de la primera parte del artículo 138 de la Constitución Política del Estado[1].

Casación: naturaleza y funciones

Décimo Cuarto. En el presente caso, la cuestión es establecer si un órgano jurisdiccional podría devolver un bien que por sí mismo constituye el objeto material del delito, que en el caso que nos, convoca se trata de un vehículo clonado. Al respecto, esta Suprema instancia considera que para dar solución a esta cuestión debe utilizarse ciertos criterios como el fin dikelógico de la casación, a fin de evitar que los jueces, mediante sus decisiones, generen impunidad cuando exista un delito, o arbitrariedad frente a una conducta que no es penalmente reprimible ni perseguible, lo que quiere decir, que sería desacertado que un bien directamente relacionado con el hecho delictivo sea devuelto o entregado a la persona quien la utilizó para perpetrar su ilícito proceder.

Décimo Quinto. El legislador no previó ni se proyectó al supuesto de que un sobreseimiento solicitado por el fiscal y amparado por el juez, generaría como consecuencia la devolución del bien incautado (vehículo clonado), en tanto la conducta del encausado Luis Jhon Guevara Soto por delito de contrabando dejó ser considerada un ilícito penal por razón de la cuantía del bien incautado. Ante ello, este Colegiado

1 Constitución Política del Perú de 1993, artículo 138, 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.

Supremo considera que existe una deficiencia de la ley, a fin de resolver la cuestión planteada.

Frente a este panorama el juez debe optar por una decisión en que la justicia prevalezca frente a una deficiencia de la ley, es así que nuestra Constitución Política del Estado en su artículo 139 inciso ocho, señala: "El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario", superando así, el principio **non liquet**, cuya fórmula fue utilizada por los jueces medievales para expresar que no encontraban solución al asunto que se les planteaba. Como es sabido, las legislaciones modernas adoptan la regla contraria, por la cual los tribunales nunca pueden dejar de sentenciar (impartir justicia), debiendo para tal efecto emplear métodos de interpretación jurídica en caso de oscuridad o de laguna legal, esto es que los jueces no pueden dejar de juzgar bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes.

Superación del principio *non liquet*

El otro criterio a utilizar a fin de dar solución a la cuestión formulada y, atendiendo a lo precedentemente expuesto, el profesor Ronald Dworkin en el caso Riggs & Palmer[2], en que la Corte Suprema del Estado de Nueva York tomó la decisión de no conceder la herencia a una persona que asesinó a su abuelo para que éste no cambiara su testamento, se basó su decisión en el principio del cual "nadie puede beneficiarse a costa de su propio delito". Este principio, aclara Dworkin, es parte del ordenamiento jurídico, aunque nunca haya sido promulgado. Un principio no busca alcanzar ninguna meta económica, política o social, sino satisfacer la justicia y la moral; un principio no es una regla, no establece una solución o respuesta definida, no impide que el mismo principio inspire soluciones distintas, y no hay contradicción en que principios opuestos convivan, y a veces uno prevalezca sobre otro. A los principios no se les aplica la noción de validez, dice Dworkin, un principio no es válido ni inválido sino que tiene peso o gravitación en un caso en concreto, y así, es posible que un principio prevalezca sobre otro en un juicio, sin que ello signifique que el principio opuesto haya sido violado; simplemente, el juez decidió que en ese caso uno de los principios tenía más peso. Esto no puede suceder con las reglas porque si hay dos reglas opuestas, una de ellas es inválida.

¿Beneficio o costa del propio delito?

Décimo Sexto. En este mismo sentido, este Colegiado Supremo considera que en el presente caso estamos ante un hecho similar al señalado precedentemente (Riggs & Palmer), pues **la ley dentro de un**

2 Revista Telemática de Filosofía del Derecho, n.º 11, 2007/2008, pp. 363-374 D.L. M-32727-1998 ISSN 1575-7382. Recuperado de <http://www.rtfd.es/numero11/21-11.pdf>.

sistema constitucional de derecho no puede ser utilizada para que un acto que la contraviene se cubra con un manto de legalidad a través de una decisión judicial; en consecuencia, esta Suprema instancia observa que la ley procesal penal, en un nivel inconstitucional ordena la devolución del bien incautado (vehículo clonado), que constituye el objeto material del delito de contrabando, despenalizado a través del Decreto Legislativo N.º 1111, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 29 de junio de 2012 y, ello no debe hacerse efectivo en tanto el espíritu de la ley procesal penal no ha considerado al momento de ordenarse el levantamiento de las medidas coercitivas, que el mencionado bien materia del delito (vehículo clonado), sirvió para que se configurara el delito de contrabando. Proceder en sentido contrario, es decir, devolver el vehículo incautado conforme a lo prescrito por el ordenamiento procesal penal vigente, constituiría una mera interpretación literal, la que nos alejaría de una solución con criterio de justicia.

¿Devolución del bien constitutivo del delito?

A manera de recapitulación podemos señalar que, en el presente caso no estamos ante un vacío o laguna de la ley sino ante una deficiencia de la misma, y la interpretación ante esta deficiencia tiene que ser corregida por el juzgador intérprete, y con ello cumplir el fin teleológico de la ley a fin de no generar impunidad o arribar a una decisión injusta. En el presente caso, el texto de la ley ha dispuesto que si un vehículo que es incautado por estar incurso en un acto de contrabando, y al no haberse acreditado judicialmente el delito, este debe ser devuelto; sin embargo, cuando el bien producto del contrabando (en este caso el vehículo) es intrínsecamente, sustancialmente o constitutivo de un delito no resulta razonable que éste sea devuelto para su tráfico (comercialización, venta, alquiler, etc.), pues este vehículo al no tener D.U.A. —Declaración única de Aduanas—, no se puede determinar su lícita procedencia, en tal medida no puede ser devuelto o entregado a la persona a quien se incautó, sino a quien tenga legítimo derecho sobre el mencionado bien, entonces, necesariamente quien tiene derecho a que se le restituya o entregue el bien por las circunstancias del caso es al Estado Peruano, representado en este caso por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, SUNAT; desarrollándose interpretativamente por extensión el artículo 320 inciso 1 del nuevo Código Procesal Penal cuando establece que "tratándose de bienes intrínsecamente delictivos no procede su restitución o devolución al procesado."

DECISIÓN

Por estos fundamentos, administrando justicia a nombre de la Nación, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, acordamos:

I. Declarar: **FUNDADO** el recurso de casación formulado por la Procuraduría del Estado —SUNAT— en su calidad de actor civil, por las causales de indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicos necesarias para su aplicación, y por desarrollo de doctrina jurisprudencial; en consecuencia, **CASARON** el auto de vista de folios ciento ochenta y uno a ciento ochenta y cuatro, de fecha veintiuno de diciembre de dos mil doce, que confirmó lo resolución N.º 12 de folios ciento veintitrés, de fecha seis de setiembre de dos mil doce, en el extremo que dispone la devolución del vehículo de placa de rodaje BC-7232; y actuando en sede de instancia **REVOCARON** el auto apelado en el extremo que se dispone de la devolución del vehículo de placa de rodaje BC-7232; y **Reformándolo** se dispone que el vehículo materia de delito sea entregado a la SUNAT para que proceda según sus atribuciones.

II. ESTABLECER COMO DOCTRINA JURISPRUDENCIAL los fundamentos expuestos en los considerandos décimo tercero, décimo cuarto, décimo quinto y décimo sexto, de la presente sentencia casatoria.

III. DISPONER: se de lectura de la presente sentencia casatoria en audiencia pública y se publique en el diario oficial "El Peruano".

IV. MANDAR: que cumplidos con estos trámites se devuelvan los autos al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema. Interviene el señor Juez Supremo Príncipe Trujillo, por vacaciones del señor Juez Supremo Villa Stein. Interviene el señor Juez Supremo Morales Parraguez, por licencia de la señora Jueza Suprema Barrios Alvarado.

S.S.
PARIONA PASTRANA /PRÍNCIPE TRUJILLO /NEYRA FLORES /MORALES PARRAGUEZ / CEVALLOS VEGAS

SECCIÓN TERCERA
El proceso común

CAPÍTULO I
La investigación preparatoria

I.
LA DENUNCIA Y LOS ACTOS INICIALES DE LA INVESTIGACIÓN

1.
RECURSO DE NULIDAD N.° 956-2011-UCAYALI
PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA

Recurso de Nulidad	**N.° 956-2011-Ucayali**
Fecha:	21.03.2011
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponente	Jorge Salas Arenas
Tema	Principio de imputación necesaria
Precedente vinculante	Puntos II-VI del acápite tercero.
Concordancia	Código Penal: arts. VIII, 36, 45, 46, 382, 384, 387, 427, 428 y 438 Código de Procedimientos Penales: arts. 225, 300.5 y 301-A Constitución Política del Perú: art. 159

SUMILLA:

IV. La imputación que se alude, supone la atribución de un hecho punible, fundado en el factum correspondiente, así como en la legis atinente y sostenido en la prueba, presupuestos que deben ser inescrupulosamente verificados por el órgano jurisdiccional que ejerciendo la facultad de control debe exigir que la labor fiscal sea cabal, que la presentación de los cargos, sea puntual y exhaustiva, que permita desarrollar juicios razonables.

V. No es suficiente la simple enunciación de los supuestos de hecho contenidos en las normas penales; estos deben tener su correlato tópico concreto, debidamente diferenciado y limitado respecto de cada uno de los encausados, tanto más cuando se trata de delitos de infracción de deber, donde las conductas están íntimamente l vinculadas al cargo que desempeñan y la función que les es confiada.

CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N.° 956-2011
UCAYALI

Lima, veintiuno de marzo del dos mil doce.

VISTOS: El recurso de nulidad interpuesto por el señor fiscal adjunto superior de la Tercera Fiscalía Superior Mixta Transitoria de Ucayali; con los recaudos que se acompañan al principal; decisión adoptada bajo la ponencia del señor juez supremo Salas Arenas.

1. DECISIÓN CUESTIONADA

En la sentencia del tres de febrero del dos mil once, emitida por la Segunda Sala Especializada en lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, obrante en los folios cinco mil treinta y cinco a cinco mil ciento sesenta y siete; en que se: **1) absolvió** a doña Norma Soledad Riva Reátegui y a don Edwin Vilela Vargas, de la acusación fiscal por delito contra la Administración pública, en los tipos de concusión, concusión impropia y peculado; y por delito contra la fe pública —falsificación de documentos en general— en la modalidad de falsedad, simulación, alteración o usurpación; falsedad genérica y falsedad ideológica, en agravio de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali y del Estado; falsedad genérica y falsedad ideológica, en agravio de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali y del Estado; **2) absolvió** a doña Catalina Herminia Garay de Tello, doña Elizabeth Chávez Cristóbal, don Vladimir Imael Núñez Paredes, don Ausberto Odicio Pinedo, doña Floria Ruíz Armas, don Nilson Collantes Silva y don Jorge Alberto Collantes Silva, de la acusación fiscal por delito contra la Administración pública, en los tipos de concusión, concusión impropia y peculado; y por el delito contra la te pública —falsificación de documentos en general—, en la modalidad de falsedad, simulación, alteración o usurpación; y falsedad genérica, en agravio de la Dirección Regional de Salud de Ucayali y del Estado; **3) absolvió** a don Fidel Carlos Malea Hernández, doña María Elisa Mary Gonzáles Vía, don Milton Francisco Marín Aliaga, don Juan Fernando Rojas Maturano, doña Josefa Moreno Pérez y don Viet Lozano Alván, de la acusación fiscal por delito contra la Administración pública, en los tipos de concusión, concusión impropia y peculado; y por delito contra la fe pública-falsificación de documentos en general, en la modalidad de falsedad, simulación, alteración o usurpación; y falsedad genérica, en agravio de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali y del Estado; **4)** absolvió a don Walter Manuel Castro Ronceros y don Pacífico Cosme Tacanga López, de la acusación fiscal por delito contra la fe pública —falsedad ideológica—, en agravio de la Dirección de Salud e Ucayali y del Estado; y a doña Carmen Solazar Vega, de la acusación fiscal por delito contra la Administración pública, en los tipos de concusión, concusión impropia, peculado y peculado agravado; y por delito contra la fe pública —falsificación de documentos en general— en la modalidad de falsedad, simulación, alteración o usurpación y falsedad genérica, en agravio de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali y del Estado; **5)** absolvió a don Juan Carlos Fernández Capcha, de la acusación fiscal por delito contra la administración pública, en los tipos de concusión, concusión impropia y peculado (por *adquisición de medicamentos sobrevaluados, adquisición de repuestos y otros bienes con precios sobrevaluados, pagos indebidos por racionamiento a funcionarios y a personal contratado por la modalidad de servicios no personales,* uso y manejo de *los fondos para pagos en efectivo de manera irregular con comprobantes de pago observados, pagos de viáticos por servicios no realizados, pago de viáticos por montos mayores en relación a los días realmente utilizados*); y peculado agravado y contra la fe pública —falsificación

de documentos en general—, en la modalidad de falsedad, simulación, alteración o usurpación; falsedad genérica, falsedad ideológica, en agravio de la Dirección Regional de Salud he Ucayali y del Estado; **6) condenó** al nombrado don **Juan Carlos Fernández Capcha,** como autor del delito contra la Administración pública, en el tipo de peculado,(por pagos indebidos por concepto de *"movilidad local"*, utilización de unidades de transporte de la institución para el traslado de la comisión a diversos lugares, pese a la asignación de asignación por movilidad, en el período mil novecientos noventa y nueve); y le impuso dos años de pena privativa de libertad, suspendida por el término de un año; inhabilitación por igual plazo, conforme a los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal; fijó en dos mil soles el monto de la reparación civil que deberá abonar a favor de la entidad agraviada.

2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El recurso formulado por el señor fiscal superior abarca dos extremos:

2.1 Extremo absolutorio:

2.1.1. Alegó, que no se efectuó debida ponderación de los medios probatorios aportados al proceso, en este caso, el Informe Especial número 001-2000-CTARU-DRSSU-OAI "Examen especial periodo enero mil novecientos noventa y ocho a diciembre de mil novecientos noventa y nueve a la Dirección Regional de Salud de Ucayali", donde se detectaron diversas irregularidades de trascendencia penal y que no fueron materia de cuestionamiento ni tacha por los sujetos procesales.

2.1.2. Tampoco se tuvo en consideración en su integridad el dictamen pericial de los folios dos mil cincuenta y nueve al dos mil setenta y tres, por el cual se ha demostrado la existencia de los hechos imputados a los procesados, que tampoco fue objeto de tacha o cuestionamiento, más aún que en este tipo de delitos, la actuación de la pericia contable es determinante para los fines del proceso en agravio de los intereses del Estado.

2.1.3. Igualmente no se tuvo en consideración al momento de emitir la sentencia absolutoria que los procesados estuvieron involucrados en la reparación y mantenimiento de los equipos de microscopio y de los botes, ya que el procesado don Ausberto Odicio Pinedo en su declaración de folio novecientos noventa y nueve (acta de verificación de entrevista), sostuvo no haber brindado servicio de mantenimiento y reparación de los equipos de microscopios y que las firmas que aparecen en los comprobantes de pago y documentos adjuntos si bien corresponden a su persona los había realizado con la finalidad de apoyar a un supuesto proveedor que no tenía documentos y que no conoce a esa persona.

2.1.4. Asimismo, respecto a la reparación y mantenimiento de los botes de madera, no se valoró los mensajes recibidos por el encargado de la cabina de radio, lo cual se encuentra consignado en el Informe escrito y acta de verificación, para el área de

control interno, que contiene la declaración de doña Violeta Puntas Santibáñez, del Puesto de Salud de Nuevo Italia (folio novecientos veinticinco), quien manifestó que desde el mes de febrero de mil novecientos noventa y ocho, no cuentan con botes de madera; en igual sentido del Puesto de Salud Nohaya (folio novecientos veintiséis) donde el técnico enfermero don Franz Arancibia Vela, refirió que en ningún momento se reparó bote alguno; del Puesto de Salud de Aguaytía (folio novecientos veintisiete), donde la administradora doña Rosa Pinedo Ríos, dijo que nunca se contó con bote alguno.

2.1.5. Lo señalado en los acápites anteriores, no hace más que indicar que las labores de reparación de microscopios y botes de madera no se realizaron y que la existencia de comprobantes de pagos, órdenes de servicios y recibo de honorarios, justificando la realización de dichas labores, se emitieron únicamente con la finalidad de darle revestimiento de legalidad a labores que no se ejecutaron, y que fueron hechos con el propósito de apoderarse de los montos de dinero que demandaron las supuestas reparaciones.

2.2. Extremo condenatorio

2.2.1. Cuestiona el *quantum* de la pena impuesta, la que considera excesivamente benigna; toda vez que en la determinación judicial de la pena al encausado Fernández Capcha, se señala que este tiene la condición de primario y no posee antecedentes penales; sin haber realizado el examen de las otras circunstancias establecidas en los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal, no se condice que dicha pena.

2.2.2. A la luz de estos dispositivos, existen mayores factores agravantes que atenuantes, más aún si de la lectura de la sentencia no se menciona causa alguna de justificación, o algún atenuante general o especial que pudiera determinar la aplicación de una pena benigna; por el contrario todo hace indicar teniendo en cuenta los hechos y las pruebas aportadas que le correspondería pena mayor, máxime si no concurren las circunstancias ante de responsabilidad restringida o confesión sincera.

3. SÍNTESIS DEL FACTUM

1. En la acusación escrita (folios dos mil seiscientos sesenta y cinco a dos mil setecientos quince, subsanada en el folio dos mil setecientos veinticinco), se atribuyó a los procesados los siguientes cargos: **1.** A **don Juan Carlos Fernández Capcha**, *en su condición de ex Director Ejecutivo de Administración de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali, los delitos de concusión, concusión impropia, peculado; peculado agravado; y por delitos contra la fe pública-falsificación de documentos en general, falsedad ideológica y falsedad genérica*, haber autorizado abusando de su cargo, mediante memorándums de los años mil novecientos noventa y ocho-mil novecientos noventa y nueve, el pago de viáticos por comisión de servicios no

realizados, pagos por movilidad local en planilla de viáticos de manera indebida a pesar de haberse trasladado en unidades móviles de la institución; viáticos por montos mayores con relación a los días realmente utilizados, duplicidad de pago por racionamiento al personal contratado por servicios no personales; haber autorizado mediante memorándum del año mil novecientos noventa y nueve la adquisición de medicamentos sobrevaluados contra lo establecido por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y las resoluciones Directorales y Directivas de Ejecución y rendición de fondos habilitados por encargo (Ley veintiséis mil ochocientos cincuenta), Resolución Directoral número ciento dos-noventa y nueve-SA/DM, Resolución de Control número setenta y dos-noventa y ocho-CG), Normas Técnicas de Control para sector público, dando lugar con ello que terceras personas se beneficien económicamente en perjuicio de la entidad hasta por la suma de 37,243.30 soles con treinta céntimos. También autorizó mediante memorándum del año mil novecientos noventa y nueve la adquisición de repuestos y otros bienes sobre valuados, causando perjuicio por la suma de 9,517.50 soles; permitió también el uso incorrecto de fondos para pagos en efectivo contra lo previsto por la Resolución Directoral N.° 22-680; Normas Generales de Tesorería, Resolución Ministerial N.° 881-EFC/76 de Normas de Sistema de Contabilidad, Resolución de Contraloría N.° 72-98-CG, normas Técnicas de Control, beneficiando a terceros por la suma de 5,139.80 soles; concertándose con los contratistas para pagos de prestación de servicios no realizados a la institución, mediante memorándums del año mil novecientos noventa y nueve, beneficiando a terceros por la suma de 15,500 soles; concertándose también con proveedores para pagos indebidos por concepto de pasajes aéreos no realizados, perjudicando a la institución por la suma de 14,211.20 soles, realizándolo también con los contratistas, la ejecución y pagos de los servicios de acondicionamiento y rehabilitación del centro de salud de Iparia y Puesto de Salud Colonia del Caco, provocando perjuicio por la suma de 59,156.47 soles.

2. A **doña Catalina Herminia Garay Román**, *se le atribuyó que en su condición de ex Directora de Personal de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos en general y falsedad genérica*, permitió el pago de racionamiento a persona contratado por servicios no personales y duplicidad de pago por racionamiento al personal del equipo de gestión.

3. A **doña Elízabeth Chávez Cristóbal**, *en su condición de ex Coordinadora del Proyecto dos mil de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali, los delitos de concusión, concusión* ***impropia y peculado; y falsificación de documentos en general y falsedad genérica,*** permitió el pago de planillas de racionamiento a personal contratado por servicios no personales y haberse concertado con los interesados permitiendo pagos indebidos por concepto de pasajes aéreos no utilizados a través de memorándums autoritativos.

4. A **doña Norma Soledad Riva Reátegui**, *en su condición de Coordinadora de Planificación Familiar los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos en general, falsedad ideológica y falsedad genérica*; realizó pago de planillas de racionamiento a personal contratado por servicios no personales, beneficiando a terceras personas por la suma de siete mil ochocientos treinta soles, concertándose con los interesados, permitiendo la ejecución de los contratos y sus pagos de servicios de reacondicionamiento y rehabilitación del centro de salud de Iparia y Puesto de Salud Colonia del Caco, a través de contratos autoritativos hasta por la suma de 59,146.47 soles.

5. A **don Vladimir Imael Núñez Paredes**, *ex Director de Logística, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos y falsedad genérica*, haber permitido la adquisición de medicamentos sobrevaluados, beneficiando a terceras personas hasta por la suma de 37,247.30 soles; también la adquisición, de repuestos y otros bienes a precios sobrevaluados a través de memorándums autoritativos en beneficio de terceros por la suma de 2,517.50 soles; además, la realización de pagos por prestación de servicios que la institución no recibió hasta por un monto de 15,500 soles y pagos indebidos por concepto de pasajes aéreos no utilizados por 14,211.20 soles, coludiéndose con contratistas para la ejecución y pago de servicios de reacondicionamiento y rehabilitación del centro de salud de Iparia y puesto de salud de Colonia del Caco.

6. A **don Fidel Carlos Malea Hernández**, *en su condición de ex Director de Logística de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado*; *y falsificación de documentos en general*; permitió la adquisición de medicamentos sobrevaluados, concretando memorándums autoritativos, beneficiando económicamente a terceras personas, hasta por la suma de 37,243.30 soles, adquiriendo repuestos y otros bienes con precios sobrevaluados, causando un perjuicio económico a la entidad, concertándose con proveedores o interesados realizando pagos indebidos por concepto de pasajes aéreos no utilizados y con los contratistas para la ejecución de los contratos y sus pagos para el reacondicionamiento y rehabilitación del centro de salud de Iparia y del puesto de salud de Colonia del Caco hasta por un monto de 59,146.47 soles.

7. A **don Viet Lozano Alván**, *ex encargado del fondo para pagos en efectivo de la mencionada entidad, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado*; *y falsificación de documentos en general*; al haber permitido hacer uso de documentos falsos para el uso indebido de fondos para pagos en efectivo, y a pesar que las normas de tesorería se lo impedían, trayendo como consecuencia beneficio económico a terceros en perjuicio de la entidad por la suma de 5,139.80 soles.

8 A **doña María Elisa Moría Gonzáles Vía**, *ex coordinadora del Programa de Salud Física para Todos de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos*

en general; por firmar las actas de conformidad referentes a la reparación y mantenimiento de microscopio y botes de madera de distintos establecimientos de salud, introduciendo declaraciones falsas, concertándose con los proveedores de servicios permitiendo beneficiar económicamente a terceros en perjuicio de la entidad hasta por la suma de 15,500 soles. Además mediante un parte, de cuatro y otro de veinticinco de enero del dos mil uno, la agencia de viaje "Alfa" indicó que los pasajes utilizados, fueron emitidos para un vuelo chárter a la localidad de Purús el trece de abril de mil novecientos noventa y nueve, que luego fue corregido, indicando que se vendió los pasajes de acuerdo a lo requerido por la Oficina de Logística de la Dirección Regional de Salud; versiones introducidas como falsas en documentos que autorizan su pago, mediante una supuesta concertación con el proveedor exclusivo del servicio, permitiendo de esa forma beneficiar económicamente a terceros, comprando pasajes aéreos a los funcionarios no requeridos y haber permitido sobrevaluación del Servicio Chárter hasta por la suma de 14,211.20 soles.

9. A don Milton Francisco Marín Aliaga, ***en su condición de Asesor de Infraestructura de la citada entidad, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos en general;*** al haber participado en la recepción del servicio de los contratos números ciento noventa y siete-noventa y nueve; doscientos ochenta y dos-noventa y nueve y quinientos cuarenta y cuatro-dos mil; en la organización y manejo de los servicios de reacondicionamiento y rehabilitación del centro de salud de Iparia y del puesto de salud de Colonia del Caco para efectos de la recepción del contrato efectuado resultante del contrato N.° **282-99,** dando su conformidad, lo que permitió la disposición de pago hasta por la suma de 19.950.83 soles.

10. A don Iván Fernando Rojas Maturana, *en su condición de Jefe de la Oficina de Ingeniería y Mantenimiento de la mencionada entidad, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos en general*; quien suscribió el acta de recepción de obra del contrato N.° 544-2000, no obstante haber referido que su oficina no tenía documentos relacionados a dicho contrato, que tampoco supervisó, ni participó en la programación, acción que permitió la disposición de pago por la suma de 26,000 soles.

11. A **doña Josefa Moreno Pérez**, *en su condición de cajera pagadora de la citada entidad, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos en general*; quien según don Jorge Collantes Silva, fue quien lo hizo firmar conjuntamente con don Nilson Collantes Silva los comprobantes de pago produciendo un beneficio económico a terceros en perjuicio de la entidad por la suma de 59,146.47 soles.

12. A don Edwin Vilela Vargas, ***los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos y falsedad ideológica,*** en su condición de Coordinador del Programa de Seguro Escolar Gratuito de la indicada entidad,

por haber adquirido menor cantidad de medicamentos por el mayor costo pagado, perjudicando la población escolar y a los beneficiarios del Programa e Planificación Familiar y la comunidad en general hasta por la suma de 37,243.39 soles; por haber concertado la inclusión de declaraciones falsas en documentos, beneficiando económicamente a la empresa "Alfa Viajes y Servicios Generales" por lo suma de 14,211.20 soles; habiéndose adquirido pasajes sin necesidad y el pago del servicio de Chárter con sobreprecio.

13. A **don Ausberto Odicio Pinedo**, *en su condición de proveedor de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos y falsedad genérica*, al haber extendido el comprobante de pago por la suma de 5,000.00 soles, permitiendo la disposición indebida mediante concertación y la inclusión de declaraciones falsas en documentos que permitieron beneficiar económicamente a terceros, por supuestos servicios de mantenimiento y reparación no prestados de veintiún microscopios de diferentes establecimientos de salud, con pro forma de servicios realizada por la Dirección de Logística, señalando que firmó los documentos a solicitud de dicha Dirección, ya que su negocio, no tenía por giro la prestación de servicios de reparación y mantenimiento de dichos equipos, abonándole mediante comprobantes de pago números 6718, 8390,10070,10074 y 1391, por la suma de 10,500 soles; con perjuicio económico de la entidad agraviada.

14 .A **doña Floria Ruíz Armas**, *representante de la Agencia "Alfa Viajes y Servicios Generales", los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos y falsedad genérica*, en su condición de proveedora de servicios de transporte aéreo con fecha veinticinco de enero del dos mil uno, expidió un documento a la licenciada doña María Mori, indicando que los pasajes no utilizados fueron cambiados para la utilización de un vuelo chárter a la localidad de Purús, el trece de abril de mil novecientos noventa y nueve, tomando como canje pasajes comprados no utilizados en su oportunidad, siendo que dichos pasajes fueron adquiridos sin necesidad, sin conocimiento de los beneficiarios, comprobándose el pago de sobreprecios en la contratación de vuelos chárter, permitiendo que la autoridad administrativa incluyera declaraciones falsas en concertación, lo que facilitó el beneficio de terceros por la suma de 14.211.20 soles.

15. A **don Jorge Collantes Silva**, *en su condición de propietario de la constructora Collantes, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos y falsedad genérica*, dado que utilizando el nombre de un tercero, don Juan Medina Aguirre, efectuó las cobranzas por los servicios de rehabilitación y reacondicionamiento del centro de salud de Iparia y puesto de salud de Colonia del Caco usando doble partida; cobro indebidamente permitido por los funcionarios y servidores de la indicada entidad agraviada hasta por un monto de 9,411.10 soles.

16. A **doña Carmen Salazar Vega**, *en su condición de Directora de Economía de la entidad agraviada, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos en general y falsedad genérica*; dado que realizó pagos indebidos por racionamiento de personal contratado por servicios no personales por un monto de siete mil ochocientos treinta soles, en beneficio de los servidores, tomando de una partida formada para pago de alimentos del personal interno en los centros hospitalarios, educativos, de reclusión y para atender coordinaciones nacionales y estudiantiles.

17. A **don Walter Manuel Castro Ronceros**, *la comisión del delito contra la administración pública —peculado— y contra la fe pública, en el tipo de falsedad ideológica*, en su calidad de funcionario de la citada entidad, por pagos indebidos efectuados por concepto de viáticos, movilidad local y racionamiento a funcionarios y servidores en los períodos mil novecientos noventa y ocho y noventa y nueve y comisión de servicios que no se han efectuado, presentando rendiciones de cuenta como actividades desarrolladas hasta por un monto de 7,908.85 soles.

18. A **don Pacífico Cosme Tacanga López,** *el delito de falsedad ideológica*; en su condición de funcionario de la entidad agraviada, por pagos indebidos por viáticos, movilidad local y racionamiento a funcionarios y servidores en el período 1998-1999 por s/.47,886.72 soles y comisión de servicios que no se han efectuado, presentando rendiciones de cuenta como actividades desarrolladas hasta por un monto de 7,908.85 soles.

19. A don Juan Fernando Rojas Maturano, *en su condición de Jefe de Ingeniería y Mantenimiento*, al haber firmado el acta de conformidad de obra, según refiere por indicación de don Vladimir Núñez Paredes, sin haber verificado *in situ.*

4. OPINIÓN DEL SEÑOR FISCAL SUPREMO

En el dictamen de los folios setenta y uno a ochenta y dos, el señor fiscal supremo en lo Penal, opinó que el Colegiado Superior no efectuó una adecuada valoración de los medios probatorios incorporados, en este caso, informes técnicos elaborados por la Contraloría, que tienen una naturaleza jurídica particular, que una vez objeto de ratificación judicial, se convierten en medio probatorio idóneo; de modo que la elaboración argumental inserta en las consideraciones del fallo, debe necesariamente reservar un acápite de correcta valoración de la prueba técnica reseñada; además el informe pericial contable que tampoco ha sido valorado en su contexto, de cuyos informe fluye la responsabilidad penal de los procesados absueltos; y en relación al *quantum* de la pena impuesta a don Juan Carlos Fernández Capcha considera que es muy benigna en relación al injusto cometido; argumentos por los cuales propone se declare nula la sentencia elevada en grado y se lleve a cabo nuevo enjuiciamiento.

CONSIDERANDO

PRIMERO: ANÁLISIS DE PROCEDENCIA TEMPORAL DEL RECURSO DE NULIDAD

El recurso de nulidad formulado por el señor fiscal superior, cumple con el requisito temporal de procedencia, dado que, conforme se aprecia del acta de lectura de sentencia de los folios cinco mil ciento sesenta y ocho a cinco mil ciento setenta y uno, al ser consultado respecto del fallo, manifestó reservarse el derecho de impugnar, lo cual hizo mediante escrito de folio cinco mil ciento setenta y tres, cumpliendo con sustentar los agravios en el escrito de los folios cinco mil ciento setenta y nueve a cinco mil ciento ochenta y uno, dentro del término establecido en el inciso cinco del artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve, por lo que esta Sala Suprema se encuentra habilitada a emitir el pronunciamiento de fondo que corresponda.

SEGUNDO: ANÁLISIS DE VIGENCIA DE LA ACCIÓN PENAL

Teniendo en cuenta la imputación penal, según la acusación fiscal ya indicada, los hechos materia del proceso ocurrieron en el período de novecientos noventa y ocho y mil novecientos noventa y nueve, por lo que considerando la pena conminada para los delitos investigados a la fecha, la acción penal se encuentra vigente.

TERCERO: SUSTENTO NORMATIVO

Consideraciones previas:

I. Conforme al artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] inc. 3 La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, en virtud el cual todo órgano que posea naturaleza jurisdiccional sea ordinario, constitucional, electoral, etcétera, debe respetar mínimamente las garantías que componen los derechos a la tutela jurisdiccional "efectiva" y al debido proceso, entre las que destacan los derechos al libre acceso a la jurisdicción, de defensa, a la prueba, a la motivación de las resoluciones judiciales, a la obtención de una resolución fundada en Derecho, independiente e imparcial entre otros derechos fundamentales.

Debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva

II. Asimismo, el texto constitucional en el artículo ciento cincuenta y nueve establece que el Ministerio Público es el titular del ejercicio

Ministerio Público y su función

de acción penal pública y tiene el deber de la carga de la prueba, bajo el principio de la ***imputación necesaria*** como una manifestación del principio de legalidad y del principio de la defensa procesal (art. 2. 24 "d" y 139.14).

Imputación necesaria en la jurisprudencia constitucional

III. En virtud del mencionado principio, la jurisprudencia constitucional ha señalado como "[...] ineludible exigencia que la acusación ha de ser cierta, no implícita, sino precisa, clara y expresa; con una descripción suficiente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en se fundamenta [...]", según el cual *"al momento de calificar la* denuncia será necesario, por mandato directo e imperativo de la norma procesal citada, controlar la corrección jurídica del juicio de imputación propuesto por el fiscal, esto es, la imputación de un delito debe partir de una consideración acerca del supuesto aporte delictivo de todos y cada uno de todos y cada uno de los *(Fundamento jurídico 13 de la STC N.° 4989-2006-PHC/TC).*

Alcances de la imputación necesaria

IV. La imputación que se alude, supone la atribución de un hecho punible, fundado en el *factum* correspondiente, así como en la *legis* atinente y sostenido en la prueba, presupuestos que deben ser inescrupulosamente verificados por el órgano jurisdiccional que ejerciendo la facultad de control debe exigir que la labor fiscal sea cabal, que la presentación de los cargos, sea puntual y exhaustiva, que permita desarrollar juicios razonables.

Imputación necesaria en los delitos de infracción del deber

V. No es suficiente la simple enunciación de los supuestos de hecho contenidos en las normas penales; estos deben tener su correlato tópico concreto, debidamente diferenciado y limitado respecto de cada uno de los encausados, tanto más cuando se trata de delitos de infracción de deber, donde las conductas están íntimamente I vinculadas al cargo que desempeñan y la función que les es confiada.

El control de legalidad del juez sobre el ejercicio de la acción penal

VI. Asimismo el Acuerdo Plenario número seis-dos mil nueve/CJ-ciento dieciséis, precisa que "El juez penal tiene un control de legalidad sobre el ejercicio de la acción penal, por cuanto el procesamiento de quien resulte emplazado por el fiscal requiere autorización o decisión judicial, por lo que corresponde al juez es evaluar si la promoción de la acción penal se amolda a los requisitos que establece la ley procesal; dicho deber de control se intensifica en la etapa intermedia ante la acusación del señor fiscal superior, correspondiéndole entonces a la Sala Superior efectuar el control correspondiente.

VII. En el caso de autos no se evidencia labor de imputación necesaria eficiente, al tratarse de la formulación genérica de cargos, sin precisiones ni mucho menos una adecuada subsunción de las conductas

incriminadas, lo que podría implicar la declaración de nulidad de la sentencia; empero, ello a la vez colisionaría con el principio del plazo razonable de procesamiento como contenido implícito del debido encausamiento, expresado en la potestad de los justiciables de acceder a la tutela judicial efectiva en observancia de principios y garantías constitucionales, concluyendo en un fallo justo, razonable y proporcional [...], situación que no ha de pasar inadvertida.

Inobservancia del principio de imputación necesaria en el caso concreto

Sustento normativo:

3.1. El artículo trescientos ochenta y dos del Código Penal establece que el funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial, será reprimido [...].

3.2. El artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, codificado por la Ley N.° 26713, señala que el funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones [...].

Tipo penal de colusión

3.3. El artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, codificado por la Ley veintiséis mil ciento noventa y ocho, sanciona al 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 su segundo párrafo opera la circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social estableciendo como pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años.

Tipo penal de peculado simple y agraviado

3.4. El artículo cuatrocientos veintisiete del Código Penal sanciona a quien hace, en todo o en parte, un documento falso o adultera uno verdadero que pueda dar origen a derecho u obligación o servir para probar un hecho, con el propósito de utilizar el documento, si de su uso puede resultar algún perjuicio [...].

Tipo penal de falsificación de documentos

3.5. El artículo cuatrocientos veintiocho del Código Penal establece sanción para quien inserta o hace insertar, en instrumento público, declaraciones falsas concernientes a hechos que deban probarse con el documento, con el objeto de emplearlo como si la declaración fuera conforme a la verdad [...].

Tipo penal de falsedad ideológica

3.6. El artículo cuatrocientos treinta y ocho del Código Penal indica será castigado quien de cualquier otro modo que no esté especificado en el Código Penal, cometa falsedad simulando, suponiendo, alterando la verdad intencionalmente y con perjuicio de terceros, por palabras, hechos o usurpando nombre, calidad o empleo que no le corresponde, [...].

Tipo penal de falsedad genérica

3.7. El inciso segundo del artículo doscientos veinticinco del Código de Procedimientos Penales manda que el escrito de acusación que formule el fiscal de acuerdo al artículo noventa y dos, inciso cuatro de la Ley Orgánica del Ministerio Público, debe contener además la acción u omisión punible y las circunstancias que determinen la responsabilidad.

Acusación e imputación necesaria

CUARTO: ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO

4.1. Extremo absolutorio por delito de concusión

4.1.1. Encausado Fernandez Capcha: Se le atribuyó en su condición de Director Ejecutivo de Administración de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali, en el lapso veinticuatro de agosto de mil novecientos noventa y ocho al mes de enero del dos mil uno, y como la máxima autoridad administrativa los siguientes hechos: **i)** Pago indebido por racionamiento al personal contratado servicios no personales; **ii)** uso y manejo de los fondos para pagos en efectivos de manera irregular con comprobantes de pagos observados por 5,139.80 soles; **iii)** adquisición de medicamentos sobre valuados por el importe de 37,243.39 soles; **iv)** adquisición de repuestos y otros bienes con precios sobrevaluados por 9,157.50 soles; **v)** pagos por prestación de servicios que la institución no recibió por 15,500 soles; **vi)** pagos indebidos por concepto de pasajes aéreos no utilizados y contratados de vuelos chárter sobre valuados por 14,211.20 soles; **vii)** deficiencia e irregularidades en la ejecución de servicios de reacondicionamiento y rehabilitación del centro de salud de Iparia y del Puesto de Salud Colonia del Caco por 59,146.47 soles.

4.1.2. Con relación al ítem **i)** en el Informe especial cero cero uno- dos mil-CTRU-DRSSU-OAI, Examen Especial del período uno de enero de mi novecientos noventa y ocho a treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y uno a la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali; se cuestiona el pago de racionamiento a servidores de la Dirección de Logística, Economía y otros y al personal contratado por servicios no personales a través de programas de planificación familiar, Proyecto 2000 y Defensa Nacional correspondiente al ejercicio económico mil novecientos noventa y ocho; sin embargo, en los folios dos mil ochocientos noventa y cuatro a dos mil novecientos treinta y cuatro corre en copia fedatada el Informe N.° 53-2000-CG/P370 de la Contraloría General de la República que contiene la auditoría financiera al Convenio de Donación

número 527-0366 suscrito entre los Gobiernos el Perú y los Estados Unidos de Norteamérica, administrado por el Ministerio de Salud del período enero de mil novecientos noventa y ocho a diciembre de mil novecientos noventa y nueve; de cuyo contenido se establece, respecto al Proyecto 2000, que tuvo como objetivo mejorar la salud y el estado nutricional de niños menores de tres años y de las mujeres en edad fértil, por un plazo de ejecución de siete años; en él no se cuestiona el mencionado pago de racionamiento que la propia unidad administrativa efectuaba al personal contratado por servicios no personales y al personal administrativo de la entidad; en tal sentido, si el Órgano Superior de Control de la República ya examinó el caso sub materia y no lo calificó de irregular, los órganos auxiliares de auditoría interna que dependen de la Contraloría General de la república, deberían concordar en sus dictámenes a los criterios adoptados por el órgano superior, por tanto no resulta sostenible atribuir responsabilidad penal al encausado en este extremo.

4.1.3. Respecto del **ítem ii)** como prueba de cargo, se hallan documentos de los folios setecientos cincuenta y dos a setecientos noventa, donde se observan comprobantes de pago con firmas de autorización y conformidad adulterados, los cuales sirvieron para efectuar pagos; empero, los aludidos documentos resultan insuficientes para establecer la existencia del delito de concusión y menos la responsabilidad del imputado, quien además ha sostenido su negativa uniforme sobre estos cargos, además no existir pericia de grafotecnia al respecto. Asimismo con relación al cargo señalado en el **ítem iii),** encontrándose evidenciado en el cuadro de adquisiciones de medicamentos del año mil novecientos, se tiene que al haberse efectuado compras en forma fraccionada se habría ocasionado perjuicio por el monto indicado; sin embargo, no existe prueba que determinado proveedor haya ofertado los precios indicados en el mencionado cuadro, menos aún prueba documental que haya establecido el procedimiento, forma y establecimiento comercial en que se iba a adquirir las medicinas; por tanto la conducta atribuida al encausado no se encuentra sólidamente acreditada; en todo caso su responsabilidad sería administrativa al no haber consignado la compra de los medicamentos en su plan anual de adquisiciones, en el rubro encargos.

4.1.4. Con relación a los cargos señalados en el **ítem iv),** si bien en el presente caso, comparando los precios de adquisición pagada por la agraviada, con las cotizaciones propuestas por los establecimientos comerciales, entre ellas existe una diferencia que aparentemente causaría perjuicio económico a la entidad agraviada, empero, no existe prueba de cómo estuvo establecido el procedimiento para la compra de dichos bienes y de esa forma determinar objetivamente el perjuicio económico que se pudiera haber causado a la entidad agraviada, por lo que la absolución en este extremo se encuentra arreglada a ley. En el mismo sentido, respecto de los cargos señalados en el **ítem v),** se cuestiona haberse desembolsado sumas de dinero por servicios que la entidad agraviada no recibió, tal es el caso de la reparación de

veintiún microscopios de los diferentes establecimientos de salud, en el año mil novecientos noventa y nueve, por el monto de cinco mil soles y por la reparación y mantenimiento de botes de madera de los diferentes establecimientos de salud, por el monto de diez mil quinientos nuevos soles; aun cuando en los diversos informes y actas de verificación se estableció que algunos centros de salud cuyos les de madera no habrían sido materia de reparación porque sencillamente no contaban con esos medios de transporte, así como procesado don Ausberto Odicio Pinedo reconoció ante el auditor de la agraviada que no fue su persona quien realizó el trabajo de la reparación de los equipos de microscopios, sino fue con la finalidad de apoyar a otro proveedor a solicitud del señor Becerra, que consignó la cantidad de doce equipos por reparación por indicación de la Dirección de Logística; sin embargo del contenido de los citados documentos se puede inferir que aparentemente los servicios de reparación de dichos equipos técnicos y reparación y mantenimiento de botes de madera no se efectuaron a favor de la agraviada, pero es el caso que estos hechos no se encuadran en los presupuestos que tipifican el delito de concusión, que exige que el funcionario o servidor público que abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un beneficio patrimonial.

4.1.5. Respecto del cargo señalado en el ítem **vi)** se cuestiona haberse cancelado a la empresa "Alfa Viajes y Servicios Generales E.I.R.L." por pagos de pasajes que no fueron utilizados, por el monto que se indica; aun cuando aparecen haberse efectuado diversos pagos de pasajes aéreos no utilizados; empero del análisis de los citados documentos se colige que tales hechos no encuadran en el tipo penal denunciado, con el fundamento jurídico precisado en el acápite anterior.

4.1.6. Con relación a los cargos señalados en el **ítem vii)** se cuestiona deficiencias e irregularidades en la ejecución de servicios de reacondicionamiento y rehabilitación del centro de salud de Iparia y del Puesto de Salud Colonia del Caco; si bien para la ejecución de las obras contenidas en los distintos contratos que se mencionan en la acusación, existieron indicios de irregularidades como no contar con expedientes técnicos, no existir acta de entrega de las obras y por último, que no se ejecutó la totalidad de las obras contenida en los contratos; pero es el caso que tales hechos no se encuadran en el delito de concusión por cuanto no existe prueba de que el imputado abusando de su cargo haya obligado o inducido a los proveedores de las indicadas obras para que obtengan promesa o beneficio patrimonial a su favor.

4.1.7. Respecto de las procesadas doña Catalina Herminia Garay de Tello, doña Elizabeth Chávez Cristóbal y doña Norma Soledad Riva Reátegui; cabe señalar que la primera de las nombradas se desempeñaba como Directora de Personal de la entidad agraviada desde el dieciocho de febrero del mil novecientos noventa y siete y tenía como funciones el planificar, organizar, supervisar todo el desarrollo del área técnica, legal, de remuneraciones, además en la elaboración del cuadro de personal entre otras funciones; por su parte la encausada Chávez

Cristóbal se desempeñó como coordinadora del Proyecto 2000 desde el uno de enero de mil novecientos noventa y ocho, encargada de organizar, programar y ejecutar actividades de cursos de capacitación, supervisar establecimientos de salud; y la tercera de las nombradas, ocupó el cargo de Coordinadora Regional del Programa de Planificación Familiar, quienes permitieron el pago de planillas de racionamiento a personal contratado por servicios no personales y duplicidad de pago por racionamiento al personal del equipo de gestión. Sin embargo, estando en la misma situación jurídica que su coacusado Fernández Capcha en cuanto a la imputación por este delito (concusión), por los mismos fundamentos jurídicos precisados en el acápite 4.1.1., la absolución de las precitadas se encuentra arreglada a ley.

4.1.8. Con relación a los procesados don Vladimir Imael Núñez Paredes, don Fidel Carlos Malca Hernández, don Viet Lozano Alván, doña María Elisa Mory Gonzales Vía, don Milton Francisco Marín Aliaga, don Juan Fernando Rojas Maturano, doña Josefa Moreno Pérez, don Edwin Vilela Vargas y doña Carmen Salazar Vega; de la acusación escrita del representante del Ministerio Público no se ha precisado en qué consisten los cargos en su contra por este delito (concusión), más aún que del Informe cero uno-dos mil-CTARR-DRSSU-OAI, tampoco se precisa al aún hecho del contenido penal, por lo que la absolución se encuentra arreglada a ley.

4.1.9. Respecto los procesados doña Floria Ruíz Armas, don Ausberto Odicio Pinedo, don Nilson Collantes Silva y don Jorge Alberto Collantes Silva; se ha establecido que la procesada Ruiz Armas, fue representante de la Agencia de "Viajes Alfa" y el procesado Odicio Pinedo fue proveedor de la entidad agraviada y los dos últimos fueron representantes de la empresa "Constructora Collantes"; de la estructura típica del artículo trescientos ochenta y dos del Código Penal, se advierte que se trata de un delito especial, que exige determinada cualidad del agente, lo que conlleva a establecer que la esfera de los autores está limitada, en este caso solo funcionarios públicos, siendo así los procesados nombrados no tenían tal calidad, por lo tanto, no se les puede atribuir dicho ilícito penal.

4.2. Extremo absolutorio por delito de peculado agravado

4.2.1. Imputado a los procesados: doña Carmen Salazar Vega y don Juan Carlos Fernández Capcha, a quienes se les imputó que en su condición de Directora de Economía y al segundo, Director Ejecutivo de la entidad agraviada, haber efectuado pagos indebidos en forma dolosa por racionamiento al personal contratado por servicios no personales por la suma de 7,830 soles, sin tener en consideración que la partida presupuestaria estaba destinada para pagos de gastos para alimentación de personas internas en centros hospitalarios, educativos y de reclusión. Al respecto, la Contraloría General de la República cuya función es

fiscalización de la ejecución de gastos en las entidades públicas, no observó en el Informe número 053-2000-CG/P370 que contiene la Auditoría Financiera al Convenio de Donación número 527-0366, los montos pagados por concepto de racionamiento a los trabajadores contratados por servicios no personales, siendo así se puede colegir que dichos pagos fueron regulares.

4.3. Extremo absolutorio por delito de falsedad genérica

4.3.1. Imputado a los procesados Garay de Tello, Chávez Cristóbal, Núñez Paredes, Odicio pinedo, Ruiz Armas, Collantes Silva Nilson, Collantes Silva Jorge Alberto, Malca Hernández, Mory Gonzáles Vía, Marín Aliaga, Rojas Maturano, Moreno Pérez, Lozano Alván, Salazar Vega y Fernández Capcha: Al respecto, conforme se ha señalado en los acápites anteriores, el representante del Ministerio Público en su acusación escrita y en la requisitoria oral, no ha precisado de manera individual, clara y concreta los cargos contra los aludidos con relación a este delito; a ello cabe añadir que el Informe 001- 2000-CTRU-DRSSU-OAI, "Examen especial del período uno de enero a treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, tampoco señala los fundamentos tácticos respecto de los actos irregulares de contenido penal por este ilícito; no existe información contenida en un documento con el cual se haya alterado la verdad y perjudicado a la entidad.

4.4. Extremo absolutorio por delito de peculado

4.4.1. Imputado a los encausados: Riva Reátegui, Lozano Alván, Marín Aliaga, Salazar Vega, Collantes Silva Nilson, Collantes Silva Jorge Alberto, Ruíz Armas, Odicio Pinedo, Garay De Tello, Moreno Pérez, Rojas Maturano, Núñez Paredes, Malca Hernández, Vilela Vargas, Chávez Cristobal, Mory Gonzáles Vía Y Fernández Capcha

4.4.2. Con relación a la encausada Riva Reátegui, se le atribuyó que en su condición de Coordinadora Regional del Programa de Planificación Familiar, permitió el pago de planillas de racionamiento al personal contratado por servicios no personales, contraviniendo con ello la Ley veintiséis mil ochocientos cincuenta —Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado—, beneficiando a terceras personas en perjuicio de la entidad agraviada; aun cuando en autos obran las planillas (veintidós en total) por distintos montos que suman 7,830.00 soles; sin embargo, analizados los medios probatorios incorporados al proceso, se ha establecido que en dicha asignación también tuvieron participación el Director Administrativo y el Director de Personal, lo que generó los comprobantes de pago visados por el Director de Economía (contador público colegiado) y el Tesorero, es decir los actos previos y posteriores para efectivizarse los pagos de racionamiento al personal contratado por servicios no personales, con la aprobación de los

funcionarios antes señalados encargados de verificar el uso óneo del presupuesto de la entidad agraviada, quienes al advertir que se trataba de un pago reglamentado no objetaron y procedieron a visar; lo cual desvirtúa los cargos imputados a la procesada Riva Reátegui.

4.4.3. Con relación a la acusada Lozano Alván, a quien se le atribuyó que en su condición de encargada de los fondos para pagos en efectivo de la Dirección, permitió hacer los pagos indebidos por distintos conceptos en beneficio de terceros; sin embargo verificadas las boletas de venta, facturas y recibos por honorarios obrante en los folios setecientos treinta y uno a setecientos cuarenta y nueve y de folios setecientos sesenta y cuatro a setecientos setenta y tres, no se evidencia que el citado procesado hubiera intervenido en tales hechos; por lo que la absolución se encuentra arreglada a ley.

4.4.4. Procesado Marín Aliaga, en su condición de Asesor de Infraestructura dio conformidad al servicio prestado por contrato de locación de servicio N.° 282-99 sobre Conclusión de Reacondicionamiento y Rehabilitación del Centro de Salud de Iparía; de los medios probatorios se ha establecido que el citado encausado se constituyó *in situ* a la localidad de Iparia para verificar la ejecución del contrato de locación ya mencionado, para luego conjuntamente con los demás funcionarios de la entidad, suscribir el acta de acusado con los demás funcionarios de la entidad agraviada suscribir el acta de conformidad; tal conducta es indiferente con los presupuestos establecidos en el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, desde que no ha tenido relación funcional con la custodia o administración de los bienes de la agraviada.

4.4.5. De la procesada Salazar Vega, quien se desempeñó como Directora de Economía, en tal condición efectuó pagos por la suma de 7,830.00 soles por racionamiento del personal contratado por servicios no personales; al respecto, ya se ha señalado con anterioridad que estando al Informe número 053-2000-CG/P730, desvirtuó tales cargos.

4.4.6. Respecto de los procesados don Jorge Alberto Collantes Silva y don Nilson Collantes Silva: El primero en su condición de propietario de la empresa Constructora Collantes E.I.R.L y el segundo como representante de la misma; los cargos formulados por el Ministerio Público se concretan en que al realizar las obras y/o servicios y también los cobros efectuados, eludiendo su responsabilidad, utilizaron el nombre de don Juan Medina Aguirre en la rehabilitación y reacondicionamiento del Centro de Salud de Iparia y el Puesto de Salud de Colonia del Caco, produciéndose duplicidad de partidas e incumplimiento hasta por la suma de 9,411.00 soles.

Revisados el Informe 001-2000-CTARU-DRSSU-OAI, en él se mencionan las deficiencias e irregularidades en la ejecución de dichas obras, cuestionando el contrato N.° 289-99, por la existencia de duplicidad de partidas ejecutadas con un

contrato anterior (197-99) a nombre de don Santos Peña Encinas; sin embargo al respecto solamente existe la información contenida en el Informe Físico Técnico Financiero de la obra, confeccionado por el ingeniero civil don César Enco Paredes, sin otro medio probatorio que corrobore, sin antecedentes documentales y/o anexos del mencionado informe y de esa forma realizar el cotejo correspondiente y establecer que la entidad agraviada haya desembolsado dinero en duplicidad por servicios ya prestados; de lo que se colige que la ejecución del contrato número 289-99, se llevó adelante previo procedimiento formal y el proveedor efectivizó el cobro por honorarios profesionales por el servicio prestado.

4.4.7. Respecto de la procesada Ruiz Armas; en su condición de representante de la empresa "Alfa Viajes y Servicios Generales", se le atribuye que como de proveedora haber cobrado pasajes por servicios de transporte de los funcionarios de la entidad que no fueron utilizados y a la vez cobró en exceso por el servicio de vuelo chárter, ocasionando perjuicio por la suma de 14,211.20 soles. Analizados los medios probatorios pertinentes al caso, si bien en el cuadro ilustrativo de pagos indebidos de pasajes efectuados el año mil novecientos noventa y nueve, se indicó que en las fechas se encontraban prestando servicios en lugares distintos, sin embargo no obra medio probatorio que acredite tal afirmación, de ahí que el cobro efectuado por la empresa proveedora es legal, tampoco se ha acreditado que la citada empresa se haya beneficiado económicamente efectuando cobros excesivos, en perjuicio de la entidad agraviada.

4.4.8. Respecto del procesado Odicio Pinedo, propietario de la empresa "Servicios múltiples", a quien se le atribuyó haberse beneficiado económicamente por servicios no prestados de reparación y mantenimiento de botes de madera de los diferentes establecimientos de salud; al respecto, en el folio novecientos trece, obra la orden de servicio número 3024, emitida por la Dirección Regional de Salud de Ucayali, suscrito por el Director Ejecutivo de Administración a favor del procesado Odicio Pinedo, por servicio de reparación y mantenimiento de dos botes de madera de los establecimientos de salud de Cunchuri y Galilea, especificando las medidas como el ancho, largo y alto; y en el folio doscientos noventa y cinco obra la respectiva acta de conformidad de cuatro de noviembre del mil novecientos noventa y nueve; asimismo en el folio novecientos diecinueve, corre la orden de servicio número 2603 del quince de setiembre de mil novecientos noventa y nueve, por el mismo servicio respecto de los establecimientos de salud de Abujao y Vinuncuro, así como en el folio novecientos veintiuno, se hallan la respectiva acta de conformidad de dieciocho de octubre del mismo año, suscrita por la Coordinadora del Programa de Salud Básica para Todos y por el Jefe de la Oficina de Ingeniería y Mantenimiento; por tanto, estando a los documentos señalados se colige que el citado proveedor cumplió con el contrato.

4.4.9. Respecto de la procesada Garay Tello; a quien se le imputó que su condición de Directora de Personal de la Dirección

Regional de la entidad agraviada, permitió el pago de planilla de racionamiento al personal del equipo de gestión; obrando la relación de funcionarios que recibieron dicho concepto en el folio quinientos sesenta y cuatro, apreciándose que en el periodo de mil novecientos noventa y ocho, se efectivizó el pago por la suma de dos mil seiscientos noventa y cinco soles y en mil novecientos noventa y nueve, por la suma de tres mil doscientos noventa y cinco soles; sin embargo, de la remisión del Informe tantas veces citado N.° 053-2000-CG/P370 que contiene la Auditoría Financiera al Convenio de Donación N.° 527-0366, suscrito por los gobiernos del Perú y los Estados Unidos de Norteamérica, administrado por el Ministerio de Salud período 1998-1999, en su página diecisiete no se cuestiona el mencionado pago de racionamiento, por lo que es válido concluir que dichos pagos fueron regulares.

4.4.10. Respecto de la acusada Moreno Pérez; quien se empeñó como cajera-pagadora, facilitó el pago a los procesados hermanos Collantes Silva; sin embargo, estando al análisis efectuado en el rubro que correspondió a los mencionados procesados, se estableció que dichos pagos se efectuaron en atención a los contratos de locación de servicios 282-99 y 544-99, correspondiente a reacondicionamiento y rehabilitación del centro de atención médica del Centro Modelo de Iparia y de Colonia del Caco, con lo que queda acreditada la existencia de dichos contratos y luego del servicio prestado, los escalones respectivos de la agraviada confeccionaron los comprobantes de pago y órdenes de servicio del proveedor don Juan Medina Aguirre, quien fue representado por el mérito de los poderes firmados notarialmente otorgado por los hermanos Collantes Silva.

4.4.11.Respecto del procesado Rojas Maturano; en su calidad de Jefe de la Oficina de Ingeniería y Mantenimiento, imputándosele haber suscrito el acta de recepción de la obra del contrato 544- 2000,por servicio de mantenimiento y reparación de infraestructura a todo costo del Centro Modelo de Iparia; al respecto, como ya se ha señalado, en la ejecución de dicha obra no se ha detectó irregularidades de contenido penal; además el procesado no actuó solo en el acta de conformidad de dicha obra, sino conjuntamente con otros funcionarios en cumplimiento de sus respectivas funciones, previa verificación *in situ*.

4.4.12. Respecto de los procesados Núñez Paredes, Malca Hernández y Vilela Vargas; atribuyéndose al primero y segundo en sus calidades de Directores de Logística, en distintos períodos, y el tercero en su condición de Coordinador Regional del Programa Seguro Escolar Gratuito, que permitieron la adquisición de medicamentos sobrevaluados, repuestos y otros bienes con precios igualmente sobrevalorados; evaluado el cuadro de adquisición de medicamentos adquiridos en mil novecientos noventa y nueve, ingresaron al almacén de la Dirección Regional de Salud de Ucayali, donde los responsables de cada área procedieron a dar su conformidad, sin que de ello emerja prueba idónea que acredite el pago en exceso a los proveedores; si bien el Informe especial 001-12000-CTRU-DRSSU-OAI

del órgano de Control Interno, cuestionó haberse fraccionado las adquisiciones pese a la prohibición de la norma; en todo caso se trata de una irregularidad administrativa. Asimismo, respecto de la adquisición de repuestos y otros bienes, conforme al cuadro de adquisiciones, de folio ochocientos setenta y uno, obra la orden de compra-guía de internamiento número 1120 de ocho de julio de mil novecientos noventa y nueve a favor de Representaciones "Hanley Toyorep" E.I.R.L, por la compra de cuatro llantas, cuatro cámaras y un guarda cámaras, conforme a la orden de compra-guía de internamiento N.° 1547, de siete de setiembre de mil novecientos noventa y nueve, así como la orden de compra-guía de internamiento N.° 1546 a favor de la citada empresa, así corno la orden de compra-guía de internamiento N.° 2883 de siete de octubre de mil novecientos noventa y nueve a favor de Factoría Sánchez E.I.R.L por servicios de reparación y mantenimiento a todo costo de una camioneta por la suma de 1921.00 soles; y la orden de compra-guía de internamiento N.° 2401 a favor de "World" E.I.R.L por la compra de seis carpas de campaña; de todo ello se desprende que no existen suficientes elementos probatorios para establecer que el procesado Núñez Paredes en su condición de Jefe de Logística haya sobre valuado los precios de bienes adquiridos, los cuales a su vez fueron registrados como ingresados a los almacenes de la entidad.

4.4.13. Respecto de la procesada Chávez Cristóbal; a quien se le atribuyó que en su condición de Coordinadora del Proyecto 2000, permitió el pago de planillas de racionamiento a personal contratado por servicios no personales. Estando al Informe de Contraloría 053-2000-CG/P370, los cargos que se le atribuyó se encuentran desvanecidos.Respecto de la procesada Mory Gonzáles Vía: Coordinadora del Programa de Salud Básica Para Todos, firmó las actas de conformidad referente a la reparación y mantenimiento de microscopio y botes de distintos establecimientos; al respecto en folios novecientos dos y novecientos tres obran las órdenes de servicio de la Dirección Regional de Salud a favor de don Ausberto Odicio Pinedopor la reparación de veintiún microscopios, autorizada por el Director Ejecutivo de Administración, por el Jefe de Adquisiciones, por el Director de Logística, por la Jefatura de Abastecimientos y por la procesada en su calidad de Coordinadora y en el folio novecientos siete, obra el acta de conformidad, de veintiocho de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, suscrito por la Unidad de Abastecimiento y Logística, por el Jefe de la Oficina de Ingeniería y Mantenimiento, por el Jefe de Taller de Mantenimiento y por la procesada Gonzáles Vía, sugiriendo su cancelación por el servicio prestado, de lo que se colige que el pago fue regular, aunado a ello la versión del procesado Odicio Pinedo en el folio mil trescientos ochenta y dos donde refirió haber realizado la labor de reparación y mantenimiento de veintiún microscopios, lo cual desvirtúa los cargos imputados a la citada procesada. Asimismo, con relación a la reparación y mantenimiento de los botes de madera, dichos cargos ya fueron analizados en el acápite 4.4.8 al analizar la situación jurídica del procesado Odicio Pinedo.

4.4.14.Respecto del procesado Fernández Capcha; en su condición de Director Ejecutivo Administrativo de la Dirección I Regional Sectorial de Salud de Ucayali, en el período veinticuatro de agosto de mil novecientos noventa y ocho hasta el mes de enero del dos mil uno a quien se le atribuyó que mediante memorándums autorizó la adquisición de medicamentos sobrevaluados por la suma de s/.37,243.39 soles; al respecto en el folio ochocientos cincuenta y cinco obra el oficio número 001-01CF-HAN 2-YC de veintitrés de febrero del dos mil uno, remitido al Director Ejecutivo del Hospital de Apoyo N.° **2 Yarinacocha, donde informó cuáles son los** criterios **técnicos que se deben tomar en cuenta para la adquisición** medicamentos para la Farmacia y Seguro Escolar Gratuito (Medin), los que se formulan en base a las directivas enviadas por DIGEMID y S.E.G. (como la descripción del producto, presentación del producto, laboratorio fabricante, país de procedencia, descripción del envase inmediato y mediato, número de registro sanitario, vigencia del mismo, farmacopea de referencia, fabricación nacional o extranjera).

En base a dichos documentos se tiene que todos los medicamentos adquiridos en el año 1999 y 2000 que están consignados en el Cuadro de Adquisiciones de Medicamentos ingresaron al Almacén de la entidad agraviada, donde los funcionarios responsables de cada área procedieron a dar su conformidad; si bien el Informe especial 001-2000-CTRU-DRSSU-OAI del Órgano de Control Interno, cuestionó haberse fraccionado las adquisiciones pese a la prohibición de la norma; en todo caso se trata de una irregularidad administrativa.

Asimismo, respecto de la adquisición de repuestos y otros bienes, este punto ya se trató ampliamente en el apartado **4.4.11.;** al analizar la conducta de los procesados Núñez Paredes, Malca Hernández Y Vilela Vargas, a quienes se les imputó los mismos cargos.

Igualmente sobre los cargos de haber autorizado pagos indebidos a funcionarios y a personal contratado por la modalidad de servicios no personales; este extremo ya se analizó en el acápite **4.4.9.;** al abordar la conducta atribuida a la procesada Garay Tello, a quien también se le imputaron los mismos cargos.

4.5. Extremo absolutorio respecto del delito de falsificación de documentos

Revisados de manera exhaustiva los medios probatorios adjuntados como anexos al Informe especial N.° 001-2000-CTARU-DRSSU-OAI y los actuados a nivel jurisdiccional, la acusación fiscal se apoya en copias simples, circunstancia que imposibilitó la actuación de una pericia de grato técnica sobre los documentos cuestionados, siendo así, los cargos atribuidos por este motivo resultan sin fuerza acreditativa.

4.6. Extremo absolutorio respecto del delito de falsedad ideológica, atribuida a los procesados: Riva Reátegui, Vilela Vargas, Castro Ronceros, Tacanga

López y Fernández Capcha; estando a los mismos defectos, en la acusación escrita del representante del Ministerio Público, no existe un hecho concreto atribuido a los encausados que indique en qué documentos se habría plasmado la falsedad o en todo caso la alteración de la verdad respecto al hecho ocurrido, lo que imposibilita analizar en concreto la conducta de los procesados para establecer configuración del tipo penal de falsedad ideológica, porque se debe acreditar el documento donde se haya consignado un hecho que en la realidad no ocurrió o en todo caso que haya acaecido e manera distinta.

4.7. Extremo absolutorio respecto del delito de colusión, imputado a los procesados Fernández Capcha, Chávez Cristóbal, Riva Reátegui, Núñez Paredes, Malca Hernández, Mory Gonzáles Vía y Vilela Vargas, estando al análisis efectuado en los acápites anteriores respecto de cada uno de los contratos de ejecución de obra y de servicios, llevados a cabo dentro de los cánones regulares, no se acreditó la responsabilidad penal de los precitados, más aún ante una débil acusación sin mayor sustento táctico del representante del Ministerio Público carente de medios de acreditación, que incuestionablemente conduce a la absolución de los imputados.

4.8. Extremo condenatorio: procesado Fernández Capcha: Se atribuye al procesado que en su condición de Director Ejecutivo, autorizó mediante memorándums en los años 1998 y 1999, pagos por movilidad local en las planillas de viáticos, por montos mayores en relación a los días realmente utilizados; al respecto en autos obran dichos documentos autorizados por el procesado y remitidos al Director de la Oficina de Logística, ordenando se elaboren las planillas por concepto de viáticos por movilidad, consignando en ellos el nombre de los beneficiarios, el monto de viáticos por día a favor del personal considerado en el Cuadro de Resumen de Pagos de "Movilidad Local" que deben ser entregados a favor de funcionarios y servidores en desmedro de la economía de la entidad agraviada.

Cabe señalar las comisiones que efectuaron tanto los funcionarios y servidores para percibir la asignación de viáticos, conforme se puede apreciar del contenido de los memorándums, fueron dirigidas a supervisar los Centros de Salud ubicados en poblaciones pequeñas, como es el caso de Pachitea, Maisea, Nuevo San Juan, Iparia, Campo Verde y otros, por lo que no se justifica razonablemente que en dichos lugares pequeños, se pueda efectuar gastos de movilidad local, toda vez que los viáticos de manera regular que se les asignó debían entenderse como gastos por alimentación, hospedaje y movilidad propiamente dicha para constituirse a dichos lugares; empero el concepto de "movilidad local" constituyó un exceso, solo con la finalidad de beneficiar económicamente a terceros en detrimento a la entidad agraviada, contraviniendo además la Resolución Directoral N.° 041-97-EF/76.01, ya que en su condición de máxima autoridad de la entidad agraviada tenía el deber de controlar y administrar el dinero de la entidad, lo que acredita su responsabilidad penal.

4.8.1. Respecto del *quantum* de la pena: recurrida por el representante del Ministerio Público, es de destacar que el uso de la facultad discrecional, atendiendo a la primacía del valor justicia y desde la perspectiva de la prevención especial, en concordancia con lo establecido en el artículo octavo del Título Preliminar del Código Penal, la pena impuesta responde a su grado de responsabilidad y de afectación al bien jurídico dañado.

4.9. En consecuencia, habiéndose precisado los alcances del principio de imputación necesaria en el acápite: TERCERO: *Consideraciones previas: puntos II a VI;* corresponde otorgar a dicha interpretación jurisprudencial el carácter de precedente vinculante en aplicación del inciso uno del artículo trescientos uno-A, del Código de Procedimientos Penales, incorporado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve.

DECISIÓN

Por los fundamentos expuestos, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, con lo expuesto por el señor fiscal supremo en lo Penal, **ACORDAMOS:**

I. DECLARAR NO HABER NULIDAD en la sentencia de tres de febrero del dos mil once, obrante en los folios cinco mil treinta y cinco a .cinco mil ciento sesenta y siete; que: **1) Absolvió** a doña Norma Soledad Riva Reátegui y a don Edwin Vilela Vargas, de la acusación fiscal por delito contra la Administración pública, en los tipos de concusión, concusión impropia y peculado; y por delito contra la fe pública —falsificación de documentos en general— en la modalidad de falsedad, simulación, alteración o usurpación; falsedad genérica y falsedad ideológica, en agravio de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali y del Estado; falsedad genérica y falsedad ideológica, en agravio de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali y del Estado; **2) absolvió** a doña Catalina Herminia Garay de Tello, doña Elizabeth Chávez Cristóbal, don Vladimir Imael Núñez Paredes, don Ausberto Odicio Pinedo, doña Floria Ruíz Armas, don Nilson Collantes Silva y don Jorge Alberto Collantes Silva, de la acusación fiscal por delito contra la administración pública, en los tipos de concusión, concusión impropia y peculado; y por el delito contra la fe pública —falsificación de documentos en general—, en la modalidad de falsedad, simulación, alteración o usurpación; y falsedad genérica, en agravio de la Dirección Regional de Salud de Ucayali y del Estado; **3) absolvió** a don Fidel Carlos Malea Hernández, doña María Elisa Mory Gonzáles Vía, don Milton Francisco Marín Aliaga, don Juan Fernando Rojas Maturano, doña Josefa Moreno Pérez y don Viet Lozano Alván, de la acusación fiscal delito contra la Administración pública, en los tipos de concusión, concusión impropia y peculado; y por delito contra la fe pública —falsificación de documentos en general—, en la modalidad de falsedad, simulación, alteración o usurpación; y falsedad genérica, en agravio de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali y del Estado; **4) absolvió** a don Walter Manuel Castro Ronceros

y don Pacífico Cosme Tacanga López, de la acusación fiscal por delito contra la fe pública —falsedad ideológica—, en agravio de la Dirección de Salud de Ucayali y del Estado; y a doña **Carmen Salazar Vega,** de la acusación fiscal por delito contra la Administración pública, en los tipos de concusión, concusión impropia, peculado y peculado agravado; y por delito contra la fe pública —falsificación de documentos en general— en la modalidad de falsedad, simulación, alteración o usurpación y falsedad genérica, en agravio de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali y del Estado; **5) absolvió** a don Juan Carlos Fernández Capcha, de la acusación fiscal por delito contra la Administración pública, en los tipos de concusión, concusión impropia y peculado (*por adquisición de medicamentos sobrevaluados, adquisición de repuestos y otros bienes con precios sobrevaluados, pagos indebidos por racionamiento a funcionarios y a personal contratado por la modalidad de servicios no personales, uso y manejo de los fondos para pagos en efectivo de manera irregular con comprobantes de pago observados, pagos de viáticos por servicios no realizados, pago de viáticos por montos mayores en relación a los días realmente utilizados); y* peculado agravado y contra la fe pública —falsificación de documentos en general—, en la modalidad de falsedad, simulación, alteración o usurpación; falsedad genérica y falsedad ideológica, en agravio de la Dirección Regional de Salud de Ucayali y del Estado.

II. NO HABER NULIDAD en la misma sentencia en cuanto condenó al nombrado don Juan Carlos Fernández Capcha, como autor del delito contra la Administración pública, en el tipo de peculado,(por pagos indebidos por concepto de "movilidad local", utilización de unidades de transporte de la institución para el traslado de la comisión a diversos lugares, pese a la asignación de asignación por movilidad, en el período mil novecientos noventa y nueve); y le impuso dos años de pena privativa de libertad, suspendida por el término de un año; inhabilitación por igual plazo, conforme a los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal; fijó en tres mil soles el monto de la reparación civil que deberá abonar a favor de la entidad agraviada.

III. EXHORTAR a los jueces superiores Boza Olivan, Rivera Berrospi y Guzmán Crespo, poner mayor celo en el desempeño de sus funciones.

IV. CONSTITUIR precedente vinculante con la presente Ejecutoria suprema en lo concerniente a las precisiones y alcances del principio de imputación necesaria en contraposición con el principio de "plazo razonable" que se detallan en los puntos II al VI, del acápite Tercero: "consideraciones previas" de la presente resolución.

V. MANDAR se publique el presente fallo en el diario oficial *El Peruano*, con lo demás que contiene y los devolvieron. Interviene el señor juez supremo Morales Parraguez, por período vacacional del señor juez supremo Pariona Pastrana.

Notifíquese conforme a ley.

S.S.

VILLA STEIN / RODRÍGUEZ TINEO / SALAS ARENAS / NEYRA FLORES / MORALES PARRAGUEZ

II.
CONCLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

1.
CASACIÓN N.º 309-2015-LIMA
LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO VII DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL RESPECTO A LOS PLAZOS DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

Casación	**N.º 309-2015-Lima**
Fecha	29.03.2016
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponente	José Neyra Flores
Tema	La aplicación del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal respecto a los plazos de investigación preparatoria.
Doctrina jurisprudencial	ff. jj. n.ºs 3.4-3.6, 12, 20, 21 y 22
Concordancia	Código Procesal Penal: arts. I.1, VII, 321.1, 342.2 y 342.3 Ley N.º 30077: Ley Contra el Crimen Organizado

SUMILLA:
Prórroga de plazo de investigación preparatoria crimen organizado después del primero de julio de dos mil catorce, al ser nuevo acto procesal, es el que establece la ley número treinta mil setenta y siete, que está sujeta a estricto control judicial motivado en audiencia con contradicción de la defensa del imputado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 309-2015
LIMA

Lima, veintinueve de marzo de dos mil dieciséis

VISTOS; En audiencia pública; a la que asistió el defensor de los recurrentes, mas no el Fiscal Supremo Penal ni el Procurador Público, a pesar de estar debidamente notificados; el recurso de casación interpuesto por la defensa de los procesados Gregorio Santos Guerrero y Leider Calva Guerrero, contra el auto del uno de abril de dos mil quince, emitido por la Sala Penal de Apelaciones Nacional, que

confirmó la resolución de primera instancia que declaró fundado en parte el requerimiento del Ministerio Público; en consecuencia, prorrogó por once meses el plazo de investigación preparatoria seguida contra Gregorio Santos Guerrero y otros, en el proceso que se le sigue como presuntos autores de los delitos contra la Tranquilidad Pública-asociación ilícita para delinquir y otros, en agravio del Estado, con lo demás que contiene.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo José Antonio Neyra Flores.

I. FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Del Itinerario de la causa en primera instancia

Primero. Los encausados Gregorio Santos Guerrero y Leider Calva Guerrero son procesados penalmente con arreglo al nuevo Código Procesal Penal. El representante del Ministerio Público señala como imputación genérica el hecho que al interior del Gobierno Regional de Cajamarca y la Unidad Ejecutora Regional-PROREGION, se gestó una organización criminal destinada a cometer delitos contra la Administración Pública, en los diversos procesos de selección convocados por PROREGION, especialmente destinada a favorecer a determinados grupos de empresas vinculadas a los ciudadanos Wilson Manuel Vallejos Díaz y Crysti Soledad Varas Langle.

Segundo. Esta organización criminal estaría integrada por una pluralidad de personas, organizadas estructuradamente en función a criterios de jerarquía, liderada por su Presidente Regional Gregorio Santos Guerrero —quien a su vez se desempeñaba como Presidente del Comité Directivo de PROREGION—, e integrada por su ex director ejecutivo José Panta Quiroga, su ex administrador Juan Ricardo Coronado Fustamante, el jefe de la unidad de ingeniería Herbert Wilderd Bravo Saucedo, el jefe de la oficina de asesoría legal Fuaad Abdala Samham Graham, el jefe de la unidad de estudios Fernando Armando Díaz Carnero, el ex jefe de la unidad de tesorería Aristides Atilio Narro Miranda, el jefe de la unidad de adquisiciones Segundo Rudecindo Calua Gamarra, el trabajador de la oficina de programación y presupuesto Percy Martín Flores del Castillo; así como, por los particulares Wilson Manuel Vallejos Díaz, Crysti Soledad Varas Langle y su trabajador Johan Jerry Zaavala Ledezma. Asimismo, existiría una distribución funcional donde cada integrante desempeñaba un rol concreto, ya sea aprovechándose de su calidad de funcionario público o de extraneus, vinculado a las personas jurídicas que participan en procesos de selección. También existiría una vocación de permanencia, pues dicha organización habría venido actuando desde el año dos mil once continuando su vigencia durante el año dos mil doce, incluso posteriormente, durante el tiempo que han venido ejecutando y liquidando los diversos procesos de selección adjudicados al grupo de empresas vinculadas a la asociación ilícita.

Tercero. Con disposición fiscal número uno del veintisiete de setiembre de dos mil doce, se dio inicio a la investigación preliminar contra Gregorio Santos Guerrero y otros, por la presunta comisión de los delitos de lavado de activos, colusión, cohecho pasivo propio y cohecho activo genérico, en agravio del Gobierno Regional de Cajamarca y del Estado. Posteriormente, con disposición fiscal número once del siete de enero de dos mil trece, se declaró compleja la investigación y se amplió el plazo a ciento veinte días; luego, por disposición número veintitrés del diez de mayo de dos mil trece, se amplió el plazo a ciento veinte días más; posteriormente, se emitió la disposición número veinticinco del veintitrés de setiembre del dos mil trece, ampliando el proceso por ciento veinte días adicionales.

Cuarto. A mérito del resultado de control realizado por la Contraloría General de la República, se emitió la disposición fiscal número treinta del trece de noviembre de dos mil trece, mediante el cual se dispuso ampliar la investigación preliminar contra Fuaad Abdala Samhan Graham y otros, por la presunta comisión de los delitos de colusión simple y agravada, en agravio del Gobierno Regional de Cajamarca; ampliándose el plazo de investigación por sesenta días más.

Quinto. El representante del Ministerio Público con disposición número cuarenta y tres, del trece de mayo de dos mil catorce, dispuso formalizar y continuar con la investigación preparatoria contra Gregorio Santos Guerrero y otros, por la presunta comisión de los delitos de asociación ilícita para delinquir y otros, en agravio del Estado, la misma que fue ampliada y corregida. El treinta de diciembre de dos mil catorce, el representante del Ministerio Público solicita la prórroga del plazo de investigación preparatoria —en proceso complejo— por el plazo de catorce meses, a efectos de continuar con la obtención de información relevante que le permita determinar la acusación o sobreseimiento de la causa.

Sexto. El Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional con resolución número cuatro, del diecinueve de enero de dos mil quince, resuelve declarar fundado en parte el requerimiento del Ministerio Público, prorrogando la investigación preparatoria por once meses.

Séptimo. Contra la referida resolución, interpone recurso de apelación: **i)** El representante del Ministerio Público, a fojas ciento nueve del cuaderno de casación, respecto al extremo que resuelve prorrogar el plazo de investigación preparatoria por once meses. **ii)** La defensa técnica de los procesados Gregorio Santos Guerrero y Leider Calva Guerrero, a fojas ciento veinte. **iii)** El Procurador Público especializado en delitos de corrupción, a fojas ciento veintiocho. **iv)** La defensa técnica de Juan Ricardo Coronado Fustamante, a fojas ciento veintitrés. Estos recursos fueron concedidos por auto de calificación de apelación, del tres de febrero de dos mil quince, obrante a fojas ciento treinta y seis.

II. Del trámite recursal en segunda instancia

Octavo. La Sala Penal de Apelaciones Nacional —culminada la fase de traslado de las impugnaciones— mediante resolución del trece de marzo de dos mil quince, de fojas ciento cincuenta del cuaderno de casación, declaró nulo el concesorio de apelación contenido en la resolución del tres de febrero de dos mil quince, en el extremo que concede el recurso a la defensa técnica del procesado Juan Ricardo Coronado Fustamante, por consiguiente, inadmisible; y admitió los recursos de apelación interpuestos por la Fiscalía Supraprovincial especializada en delitos de corrupción de funcionarios, la Procuraduría Pública especializada en delitos de corrupción, y el abogado defensor de Gregorio Santos Guerrero y Leider Calva Guerrero; asimismo, emplazó a los sujetos procesales a fin que concurran a la audiencia de apelación de sentencia.

Noveno. Realizada la audiencia de apelación, en fecha veinte de marzo de dos mil quince, la Sala Penal cumplió con emitir y leer en audiencia pública, el auto de apelación sobre prórroga del plazo de investigación preparatoria, de fojas ciento sesenta y cuatro, del uno de abril de dos mil quince.

Décimo. El auto de vista recurrido en casación, resolvió confirmar la resolución número cuatro del diecinueve de enero de dos mil quince, emitida por el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional, mediante el cual declaró fundado en parte el requerimiento del Ministerio Público sobre la prórroga del plazo de investigación preparatoria.

III. Del trámite del recurso de casación interpuesto por la defensa de los procesados Gregorio Santos Guerrero y Leider Calva Guerrero

Décimo Primero. Leído el auto de vista, la defensa de los procesados Gregorio Santos Guerrero y Leider Calva Guerrero interpusieron recurso de casación, que fundamentaron mediante escrito de fojas ciento ochenta y dos, sin señalar la causal especifica del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, pero sí en el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del mismo cuerpo normativo, casación para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

Décimo Segundo. La defensa sustenta su recurso en que: **i)** La resolución cuestionada desconoce que la investigación preparatoria tiene que ajustarse a los principios de plazo razonable y proscripción de dilaciones indebidas. **ii)** El Colegiado hace referencia a la regla que estatuye el vigor inmediato de la ley procesal, pero ha interpretado indebidamente las excepciones a esta regla, como es la referida a los plazos que ya empezaron a correr y aplicación ultractiva de la ley vigente en ese momento inicial. **iii)** La Sala de Apelaciones confunde lo que es acto procesal con plazo, de ahí que para considerar plausible la aplicación del nuevo plazo de investigación preparatoria de treinta y seis meses, previsto en la Ley

número treinta mil setenta y siete, sostenga que el pedido de prórroga, por ser la postulación de un acto procesal, debe regularse con la norma vigente al momento de la postulación, dejando de lado la indicación de la ley: "seguirán rigiéndose por la ley anterior(...) los plazos que hubieran empezado". **iv)** La prolongación es ínsita al plazo ordinario, pues no existiría sin este, de ahí que iniciado este plazo ordinario también se comprende la eventual prolongación. Entonces, tratándose de plazos que han empezado a correr, los nuevos extremos temporales no son aplicables, salvo que resulten más favorables al procesado. v) La propia Sala no niega que el plazo ordinario fue de solo ocho meses y no de treinta y seis, pero resuelve la prolongación de esos ocho meses en un nuevo marco de treinta y seis, es decir, la prolongación de un término ordinario inexistente. **vi)** La Ley número treinta mil setenta y siete implica una nueva morfología asociativa de características de derecho penal material, por lo que hay manifiesto equívoco cuando estas calificaciones sustantivas, que recién entraron en vigor el uno de julio de dos mil catorce, se aplican a la imputación que se hizo a sus patrocinados. **vii)** Se debe respetar el plazo ordinario de ocho meses y el plazo de prolongación de ocho meses más, previa autorización judicial. **viii)** Ninguna de las diligencias que invoca la fiscalía en su requerimiento de prolongación justifica que se exceda la prórroga a más de ocho meses y que la extensión temporal se encuadre en un escenario de once meses, menos de treinta y seis meses por criminalidad organizada. **ix)** La Corte Suprema como desarrollo de la doctrina jurisprudencial debe pronunciarse interpretando la norma que regula la aplicación temporal de la Ley procesal y de las excepciones al respecto, diferenciando con nitidez cuándo un plazo ha empezado a correr y por qué ello impide modificaciones ulteriores de los cánones procesales, descartándose la regencia ultraactiva de la Ley anterior.

Décimo Tercero. Cumplido el trámite de traslados a los sujetos procesales por el plazo de diez días, esta Suprema Sala atendiendo a que el análisis de la controversia generada ayudaría a fijar el alcance interpretativo de esta disposición legal nueva con relación al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, mediante Ejecutoria —del dos de octubre de dos mil quince, de fojas treinta y nueve del cuaderno formado en esta instancia suprema— declaró bien concedido el recurso de casación, para el desarrollo de doctrina jurisprudencial.

Décimo Cuarto. En audiencia de casación, a la que asistió el defensor de los recurrentes, mas no el Fiscal Supremo Penal ni el Procurador Público, a pesar de estar debidamente notificados; por lo que, no existió contradictorio. La defensa sostuvo que: **i)** El plazo de investigación preparatoria con el que se inició el proceso a Gregorio Santos fue de ocho meses con la prórroga de igual plazo; al entrar en vigencia una nueva ley que establece un nuevo plazo de investigación, corresponde se analice la problemática de la aplicación en el tiempo de la ley procesal, regulado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal "la ley procesal se aplica en el momento del acto procesal"; sin embargo,

la excepción es que continuarán rigiéndose por la ley anterior los plazos que ya hubieren empezado a correr. Por tanto, el presente plazo de investigación preparatoria y su prórroga que ya empezó a correr, no puede ser modificado, pues fue establecida en la formalización de investigación preparatoria antes que entrara en vigencia la nueva norma; de lo contrario se violaría el texto expreso de la Ley. **ii)** La Sala de Apelaciones confunde acto procesal con plazo, el acto procesal son los desarrollados por las partes y el plazo es el lapso de tiempo en el que se realizan los actos; el problema de este proceso es sobre el plazo original de ocho meses y su prórroga por el mismo tiempo, constituyendo una unidad. **iii)** El legislador estableció un nuevo plazo de investigación preparatoria, sin dejar sin efecto la ley procesal anterior; en consecuencia, se debe respetar el plazo ordinario de ocho meses y el plazo de prolongación de ocho meses más, previa autorización judicial. **iv)** La historia del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, en el Código Procesal Penal de mil novecientos noventa y uno establecía que cuando la nueva ley afectaba derechos fundamentales, se aplicaba la anterior ley; sin embargo en este Nuevo Código, se atemperó tal situación imponiéndose límites como de los plazos ya empezados. El procesado, en uso de la palabra mediante videoconferencia, se adhirió a lo señalado por su defensa.

Décimo Quinto: Producida la audiencia de casación el dieciséis de marzo de dos mil dieciséis, deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, corresponde pronunciar la presente sentencia casatoria que se leerá en audiencia pública —con las partes que asistan—, en concordancia de los artículos cuatrocientos treinta y uno, apartado cuatro, y artículo cuatrocientos veinticinco, inciso cuatro del Código Procesal Penal, el día de la fecha, a horas ocho con treinta minutos de la mañana.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Del ámbito de la casación

Primero. Conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas treinta y nueve del cuaderno formado en esta instancia, del dos de octubre de dos mil quince, el motivo de casación admitido es: "Establecer como doctrina jurisprudencial cuál es la aplicación del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal respecto a los plazos de la investigación preparatoria en casos complejos formalizados con anterioridad a la vigencia de la Ley número treinta mil setenta y siete."

II. Del pronunciamiento del Tribunal de Apelación

Segundo. El auto de vista precisa que los agravios propuestos por los recurrentes inciden básicamente en dos temas controvertidos: **i)** Establecer si la aplicación —por parte del Juzgado de Investigación

Preparatoria— del inciso dos del artículo trescientos cuarenta y dos del Código Procesal Penal, modificado por Ley número treinta mil setenta y siete, en cuanto a la solicitud de prórroga y no al plazo ordinario, fue efectuada atendiendo a los criterios de eficacia temporal de las normas procesales. **ii)** Analizar si el plazo de once meses concedido como prórroga de la investigación preparatoria debe ser mayor, a partir de lo alegado por el Ministerio Público.

Tercero. Sobre el primer punto sostiene: **i)** El Tribunal Constitucional en reiterada y uniforme jurisprudencia ha señalado que las normas procesales penales se rigen por el principio *tempus regis actum*, el cual establece que la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolverse el acto. Principio que supone la aplicación inmediata de la ley procesal al acto procesal solicitado, mas no que a través de ella se regulen, modifiquen o se dejen si efecto actos procesales ya cumplidos con la legislación anterior, resaltándose de este modo la regla de preclusión, en tanto que, los actos procesales ya cumplidos y que han quedado firmes bajo la vigencia de la norma anterior no pueden modificarse. **ii)** En el caso concreto se tiene que cuando el Ministerio Público presenta su solicitud de prórroga del plazo de investigación preparatoria —la que vendría a ser en el caso de auto un nuevo acto procesal—, esto es, el treinta de diciembre de dos mil catorce ya se encontraba vigente la Ley treinta mil setenta y siete; en consecuencia, de conformidad con la regla *tempus regis actum*, las disposiciones de carácter procesal contenidas en la citada norma deben ser aplicadas a los actos o hechos procesales ocurridos durante su vigencia. **iii)** La solicitud de prórroga del plazo de la investigación constituye la postulación de un acto procesal de la parte legitimada y la decisión del órgano jurisdiccional exige su aplicación acorde a la norma procesal vigente al momento en que se postuló dicho acto, **iv)** Con ello, se concluye que la aplicación del inciso dos del artículo trescientos cuarenta y dos del Código Procesal Penal se efectuó conforme a ley, por lo que, los fundamentos propuestos por la defensa, no resultan estimables. **v)** Asimismo, sostiene que en el expediente número ciento sesenta-dos mil catorce-setenta y seis, con relación a la eficacia temporal de las normas procesales adoptó el mismo criterio en el quinto considerando de la resolución número doce, del veintiséis de enero de dos mil quince: "[...] este Colegiado ha establecido que no existe duda o conflicto en la aplicación de normas procesales para el presente caso, en tanto que el factor de aplicación de estas es el "acto o hecho procesal", estableciéndose que la solicitud de prórroga presentada por el Ministerio Público es un nuevo acto procesal [...]".

Tempus regis actum

Cuarto. Respecto al punto concerniente al pedido de prórroga de la investigación preparatoria, la Sala Penal de Apelaciones sostiene: **i)** El plazo razonable, entendido como el plazo necesario para concluir debidamente una investigación preparatoria, debe sustentarse en criterios objetivos; es más, para el otorgamiento de su prórroga, al órgano jurisdiccional le corresponde verificar la finalidad de la misma, y en forma concreta la actuación de diligencias orientadas a acopiar elementos de convicción que sustenten la tesis de imputación y de la defensa. **ii)** Para determinar la extensión del plazo de prórroga solicitada por el Ministerio Público, esta se debe efectuar atendiendo la finalidad que tiene la investigación preparatoria —inciso uno del artículo trescientos veintiuno del Código Procesal Penal—, lo que debe ser contrastado con los supuestos de complejidad de la investigación que se regula en el inciso tres del artículo trescientos cuarenta y dos del mismo cuerpo legal, en tanto que la lógica del Código Procesal Penal para establecer un plazo mayor distinto a otros se da en función a la naturaleza del delito y sus formas de comisión, ya que esta situación generará complejidad para llevar a cabo las diligencias de investigación, generándose una mayor amplitud temporal para desarrollar esta actividad. **iii)** Estando a que los eventos delictivos materia de este proceso revisten gran complejidad, bajo una lógica de razonabilidad, este Colegiado ha determinado que el plazo de prórroga concedido por la Juez de Garantías es el adecuado, pues el mismo permitirá prever, organizar y realizar todos los actos de investigación de cargo y descargo que resulten estimables.

Plazo razonables de la investigación preparatoria

III. Del motivo casacional

Quinto. De la revisión del cuaderno de casación se tiene: **i)** El trece de mayo de dos mil catorce se formalizó investigación preparatoria contra los recurrentes —disposición aclarada el veintidós de mayo del mismo año—, en esa fecha se encontraba vigente el texto original del Código Procesal Penal, Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y siete, que establecía en el inciso dos del artículo trescientos cuarenta y dos que "Tratándose de investigaciones complejas, el plazo de la Investigación Preparatoria es de ocho meses. La prórroga por igual plazo debe concederla el Juez de la Investigación Preparatoria". **ii)** El uno de julio de dos mil catorce entró en vigencia la Ley número treinta mil setenta y siete que establece: "Tratándose de investigaciones complejas, el plazo de la Investigación Preparatoria es de ocho meses. Para el caso de investigación de delitos perpetrados por imputados integrantes de organizaciones criminales, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma, el plazo de la investigación preparatoria es de

treinta y seis meses. La prórroga por igual plazo debe concederla el Juez de la Investigación Preparatoria". **iii)** El treinta de diciembre de dos mil catorce el representante del Ministerio Público, a mérito de la modificación de plazos de investigación preparatoria realizada por la Ley de criminalidad organizada, requiere la prórroga del plazo de investigación preparatoria por catorce meses, que se concede en parte el diecinueve de enero de dos mil quince, sobre la base que la ley procesal se aplica inmediatamente. **iv)** Al respecto, los recurrentes señalan que esta decisión es contraria al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal que señala: "La Ley procesal penal es de aplicación inmediata (...), sin embargo, continuarán rigiéndose por la Ley anterior (...) los plazos que hubieran empezado".

Sexto. En consecuencia, el análisis de esta controversia determinará el alcance interpretativo de la Ley número treinta mil setenta y siete, vigente desde el uno de julio de dos mil catorce, contra el crimen organizado con relación al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal respecto a los plazos de la investigación preparatoria en casos complejos formalizados con anterioridad a la vigencia de la Ley primera.

Séptimo. El proceso es "un conjunto de actos sistemáticamente regulados por la ley procesal y que se cumplen en forma gradual, progresiva y concatenada, es decir, sucediéndose a través de diversos grados o etapas en función de un orden preclusivo y ligados de tal manera que cada uno es, en principio, consecuencia del anterior, y presupuesto del que sigue[1]. Los actos procesales han sido definidos teóricamente por muchos autores, y basta con adoptar la definición de cualquiera de ellos para captar su contenido. Como son los dos siguientes: **i)** Actos jurídicos de las partes y del órgano jurisdiccional (fundamentalmente), mediante los cuales el proceso se realiza, y que producen sus efectos principales, de modo directo e inmediato, en el proceso (Ortells Ramos). **ii)** Actividades, casi exclusivamente de las partes y del órgano jurisdiccional, reguladas en las leyes procesales, que tienen la finalidad de promover el inicio, desarrollo y terminación del proceso, convirtiéndose ellas mismas en proceso, a medida que se producen (Ramos Méndez)[2].

Defincón del proceso

Definición del acto procesal

1 Llobet Rodriguez, Javier. *Proceso Penal Comentado. Código Procesal Penal comentado.* Quinta edición. Dominza. Costa Rica, noviembre de 2014, pág. 290.

2 Nieva Fenoll, Jordi. *Derecho Procesal I.* Introducción. Marcial Pons. Madrid, 2014, pág. 273.

Octavo. El proceso como conjunto de actos que se desenvuelven en el tiempo, no escapa a las características de cada uno de sus componentes y así como cada acto procesal cuenta al tiempo entre sus elementos constitutivos básicos, el tiempo pasa a ser también componente fundamental del conjunto. El iter del proceso transcurre en el tiempo y se estructura en fases y grados que, por desarrollarse en el tiempo, tienen establecidos, normalmente, plazos a su duración. La ley procesal fija, por un lado, el tiempo en que cada acto (o etapa procesal compuesta por un subconjunto de actos) debe ser realizado para ser eficaz y, por el otro, pone contornos temporales a la prolongación de la actividad procesal e impide, salvo excepciones, la regresión del proceso"[3]. En ese sentido, el proceso penal común que consta de tres fases o etapas: investigación preparatoria, intermedia y enjuiciamiento, establece criterios, reglas y plazos para las actuaciones.

Proceso y acto procesal

Noveno. El Plazo Encierra Un Periodo De Tiempo, Generalmente De Días, A Lo Largo Del Cual Se Puede Realizar Válidamente La Actuación Procesal Correspondiente[4], En Este Caso El De Una Investigación Preparatoria Ordinaria o su prórroga de igual manera, condicionados a las siguientes causas: **i)** Que el fiscal pueda alcanzar los objetivos previstos en el inciso uno del artículo trescientos veintiuno del Código Procesal Penal. **ii)** Que los derechos de los imputados —incluso de las partes procesales— no sean afectados irrazonablemente[5].

Décimo. La investigación preparatoria para cumplir su finalidad, requiere acopiar elementos de convicción de cargo y descargo que permita al Ministerio Público, actuando objetivamente, formular acusación o no, y al imputado preparar su defensa tal como se encuentra señalada en el inciso uno del artículo trescientos veintiuno del Código Procesal Penal. Para ello, existen varios plazos ordinarios atendiendo a la naturaleza procesal de los hechos investigados —simples, complejos y de criminalidad organizada—; que de acuerdo a las características, complejidad y circunstancias puede prorrogarse.

Décimo Primero. Los plazos de investigación preparatoria y su prórroga se encuentran regulados en el inciso dos del artículo trescientos cuarenta y dos del Código Procesal Penal —modificado por la tercera disposición

3 R. Pastor, Daniel. *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho. Una investigación acerca de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones.* Konrad-Adenauer-Stiftung. Argentina, octubre, 2002, pág. 87.

4 Llobert Rodríguez, Javier, ob. cit., pág. 319.

5 Peña Cabrera Freyre, Alonso. Citado en San Martin Castro, César. Derecho Procesal Penal. Lecciones. Editorial INPECCP y CENALES, Lima, 2015, p. 365.

complementaria de la Ley número treinta mil setenta y siete, puesta en vigencia el uno de julio de dos mil catorce—, que señala: "Tratándose de investigaciones complejas, el plazo de la investigación preparatoria es de ocho meses. Para el caso de investigación de delitos perpetrados por imputados integrantes de organizaciones criminales, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma, el plazo de investigación preparatoria es de treinta y seis meses. La prórroga por igual plazo debe concederla el Juez de investigación preparatoria". Antes de esta modificatoria, se establecía: "Tratándose de investigaciones complejas, el plazo de la Investigación Preparatoria es de ocho meses. La prórroga por igual plazo debe concederla el Juez de la Investigación Preparatoria".

Los plazos de investigación preparatoria

Décimo Segundo. Para fijar el plazo de investigación preparatoria se debe tomar en cuenta: **i)** Gravedad y clase o naturaleza del delito imputado. **ii)** Características del hecho objeto de investigación. **iii)** Dificultad y rigor de los actos de investigación pertinentes y útiles para su necesario esclarecimiento. **iv).** Actitud del fiscal y del encausado, esto es, diligencia del investigador y maniobras obstruccionistas del encausado[6]; mientras que la prórroga del plazo de investigación preparatoria, tiene que ver con las dificultades de las investigaciones como sería la demora en la realización de determinado acto de investigación. La prórroga requiere de una disposición fiscal[7]; es decir es un acto procesal. En ese sentido, la disposición fiscal con la que inicia el plazo de investigación constituye un acto procesal, y el requerimiento de prórroga del plazo de investigación, otro; pues, no es de aplicación automática ni de oficio, sino que necesita ser postulado por el Fiscal al Juez de la investigación preparatoria que debe someterlo a audiencia con la defensa del imputado; en consecuencia, son actos procesales con criterios autónomos propios desplegados por las partes y el órgano jurisdiccional.

Presupuestos para establecer el plazo de investigación preparatoria

Décimo Tercero. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en la Casación número dos-dos mil ocho-La Libertad, sexto fundamento, sobre el plazo de las diligencias preliminares, sosteniendo que forma parte de la investigación preparatoria, pero tienen un plazo distinto, debido a las finalidades que persiguen.

Décimo Cuarto. Entonces queda establecido que la disposición fiscal que establece el plazo ordinario de la investigación, y el requerimiento de su prórroga, constituyen actos procesales distintos; el inciso cinco del artículo siete de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

6 STC N.º 7624-2005-PHC/TC del veintisiete de julio de 2006. Caso Hernán Ronald Buitrón Rodríguez.

7 Ob. cit. San Martin Castro, César. p. 364.

ha previsto que "toda persona tendrá derecho a ser juzgada por la autoridad competente dentro de un plazo razonable"; por su parte el inciso tres del artículo nueve y el inciso tres del artículo catorce del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos señalan que "toda persona tiene derecho a ser puesta a disposición de la autoridad judicial dentro del más breve término y que se dilucide su situación jurídica dentro del plazo razonable[8]. Asimismo, el inciso dos del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú, y el inciso uno del artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Penal, concuerdan en reconocer el derecho del justiciable sometido a proceso penal, a que su situación se resuelva en tiempo razonable, pues están proscritas las causas que extienden indefinidamente la incertidumbre procesal y obvian plazos no regidos por la razonabilidad y proporcionalidad; por lo que corresponde analizar el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal y la aplicación inmediata de la ley procesal, en relación a los plazos de la investigación preparatoria en casos complejos formalizados con anterioridad a la vigencia de la Ley número treinta mil setenta y siete.

El plazo razonable

Décimo Quinto. El fundamento sesenta y siete y sesenta y nueve, de la Sentencia del treinta de enero de dos mil catorce, caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sostiene: "[...] Respecto de la aplicación de normas que regulan el procedimiento, la Corte nota que existe en la región una tendencia a su aplicación inmediata (principio de tempus regit actum)[9]. Es decir que, la norma procesal se aplica al momento de entrada en vigencia de la misma, siendo la excepción, en algunos países, la aplicación del principio de favorabilidad de la norma procesal más beneficiosa para el procesado. [...] Por otro lado, la aplicación inmediata de normas que regulan el procedimiento no es contraria a los principios de legalidad e irretroactividad.

Décimo Sexto. El numeral uno del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal establece, "La ley procesal penal es de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite, y es la que rige al tiempo de la actuación procesal. Sin embargo, continuaran rigiéndose por la Ley anterior, los medios impugnatorios ya impuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieren

Interpretación del artículo VII del Título Preliminar del CPP

8 STC N.º 03987-2010-HC/TC del 02 de diciembre de 2010. Caso Alfredo Alexander Sánchez Miranda y otros, fundamento 19.

9 En este sentido, y de manera genérica, en Estados como México, Brasil, Costa Rica, Perú y Estados Unidos de América se aplica, por regla general las normas que regulan el procedimiento de manera inmediata.

empezado". De ello se desprende que, el acto procesal está regulado por la norma vigente al momento de resolver, ello producto de la aplicación del principio el tiempo rige el acto[10].

Décimo Séptimo. El artículo ciento tres de la Constitución Política del Perú estipula que "[...] 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 periodo de vigencia, prohibiendo como regla general, la ultraactividad de la norma previa o la retroactividad de la norma subsiguiente, salvo la benigna. Siendo interpretada por el Tribunal Constitucional en el expediente número cero cinco mil setecientos ochenta y seis-dos mil siete-PHC/TC-JUNÍN, "En cuanto a la aplicación de normas en el tiempo, cabe señalar que la regla general en nuestro ordenamiento jurídico, conforme al artículo ciento tres de la Constitución, es la aplicación inmediata".

Aplicación temporal de la ley

Teoría de los hechos cumplidos

Décimo Octavo. Al respecto, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el cuarto fundamento del Auto de Calificación de Casación número ciento cuarenta y dos-dos mil quince/Lima, sobre el recurso de casación interpuesto contra el auto de vista que confirmó la resolución número dos, en el extremo que prorrogó el plazo de investigación preparatoria seguida contra Martín Antonio Belaunde Lossio y otros, por el delito de asociación ilícita y otros, en agravio del Estado; resolvió que: "El tema propuesto por el recurrente —sobre el principio de ultractividad favorable de la ley procesal, como excepción del principio de *tempus regit actum*—, tiene como sustento su disconformidad con la decisión del Tribunal Superior, de confirmar la prórroga del plazo de investigación preparatoria que se le sigue, pues en virtud a la vigencia de la Ley número treinta mil setenta y siete, se dispuso la prolongación de la misma por treinta y seis meses. Al respecto considera que debe aplicarse el principio de ultractividad favorable de la norma procesal penal, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional. No obstante, es de señalarse que el tema propuesto no reviste especial interés casacional que amerite efectuar pronunciamiento a este Supremo Tribunal, no sólo porque la aplicación del principio de ultractividad benigna está taxativamente regulada en el artículo ocho del Código Penal, sino además, porque está establecido que la aplicación

Principio de ultractividad

10 Cáceres Julca, Roberto E. *Comentarios al título preliminar del Código Procesal Penal.* Editorial Grijley, Lima, 2009, p. 710.

favorable al reo sólo está vinculado a la norma penal y no procesal, siendo esta última de aplicación inmediata a su vigencia".

Décimo Noveno. El problema de la aplicación de las leyes procesales en el tiempo se presenta en los procesos en curso que se instauraron con una ley y entra en vigor una nueva. El criterio rector que asume el inciso uno del artículo siete del Título Preliminar del Código Procesal Penal, en materia de derecho transitorio, es la aplicación inmediata de la nueva ley al proceso en trámite. En consecuencia, las actuaciones procesales sucesivas o futuras, luego de entrar en vigor la nueva ley procesal, se rigen por esta última[11], pues está prohibida la aplicación retroactiva de las normas no solo por estar prohibida constitucionalmente, sino porque debido a la naturaleza del proceso, como sucesión de actos, se debe aplicar la norma vigente al momento que estos se producen[12].

Prohibición de la aplicación retroactiva de las norma

Vigésimo. En consecuencia, la invocación del inciso dos del artículo trescientos cuarenta y dos del Código Procesal Penal, conforme a la modificaciones incorporadas por la ley número treinta mil setenta y siete, crimen organizado, vigente desde el uno de julio de dos mil catorce, en un proceso en trámite, tiene sustento en el principio previsto en el inciso uno del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal que establece la aplicación inmediata de la ley que rige al tiempo de la actuación procesal. La interpretación de este principio permite concluir que el plazo ordinario de ocho meses primigeniamente establecido para la investigación preparatoria no puede ser adecuado a la citada modificatoria, pues es un plazo empezado o en giro; pero sí con la prórroga de plazo de investigación preparatoria, que es una institución autónoma, con su propio estatuto y que constituye un nuevo acto procesal, por lo que no se da ningún supuesto de excepción a la aplicación inmediata de la ley procesal, prevista en la segunda parte del inciso uno del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, por que cuando se solicita tal prórroga, ya estaba vigente la ley número treinta mil setenta y siete, primero de julio de dos mil catorce, por lo que, debe ser aplicada.

Aplicación inmediata en el tiempo de la ley procesal

Vigésimo Primero. Ese mismo criterio ha manifestado el Tribunal Constitucional en la sentencia número mil setecientos setenta y cinco-dos mil once-PHC/TC-Lima, fundamento séptimo, respecto a la demanda de hábeas corpus interpuesta por Carlos Alberto Tomasio

11 Ob. cit. San Martin Castro, César. p. 26.

12 Torres Vásquez, Aníbal. "Aplicación de la ley en el tiempo", en: Gutierrez, Walter (Dir). *La Constitución comentada.* Tomo II. Segunda Edición. Gaceta Jurídica. Lima, Enero 2013, p. 690.

de Lambarri, sobre la adecuación de su proceso sumario penal por el delito de asociación ilícita que establece el plazo mayor de detención de nueve meses y su dúplica por igual plazo, a la vía ordinaria cuyo plazo de detención es dieciocho meses así como su dúplica —como es establecida por Ley número veintinueve mil trescientos treinta y seis, del veintiocho de marzo de dos mil nueve—, aplicando el nuevo plazo de dieciocho meses y su duplicidad, superior al que inició (sumario-nueve meses), señalando: "Respecto al cuestionamiento de una ley retroactiva que no lo favorece, este Colegiado debe aclarar que la Ley número veintinueve mil trescientos treinta y seis es una ley de carácter procesal, por lo que debe ser aplicada de manera inmediata conforme se expresa en el artículo dos de su mismo texto, a fin de que adecuen la tramitación de los procesos penales". Manteniendo su línea jurisprudencial como es de verse en el fundamento décimo tercero al décimo sexto de la sentencia número mil trescientos-dos mil dos-HC/TC-Lima, hábeas corpus interpuesto por Hugo Eyzaguirre Maguiña, sostuvo: "[...] en nuestro ordenamiento procesal penal son aplicables a los plazos iniciados las normas que se encuentren vigentes. La Ley número veintisiete mil quinientos cincuenta y tres, que modifica el artículo ciento treinta y siete del Código Procesal Penal (libertad por exceso de detención), establece que se aplicará a todos los procesos en trámite, ello significa que podrá regular casos en los que la detención ha sido ordenada cuando la antigua regulación de este artículo estaba vigente. (...) Asimismo, en caso de que a la entrada en vigencia de la Ley número veintisiete mil quinientos cincuenta y tres el plazo de detención aún no haya vencido, será de aplicación el nuevo plazo máximo".

Vigésimo Segundo. Finalmente, respecto a la determinación del plazo de prórroga de investigación preparatoria requerido por el Fiscal, el Tribunal Constitucional en sendas sentencias, como son: La sentencia número dos mil setecientos cuarenta y ocho-dos mil diez-PHC/TC, fundamento tercero, sostiene que: "El artículo ciento cincuenta y nueve de la Constitución ha asignado al Ministerio Público una serie de funciones constitucionales, entre las que destacan la facultad de conducir o dirigir desde su inicio la investigación de delito, así como la de ejercitar la acción penal ya sea de oficio o a pedido de parte. Si bien se trata de facultades discrecionales que, de modo expreso, el poder constituyente le ha reconocido al Ministerio Público, sin embargo, no pueden ser ejercidas, de manera irrazonable, con desconocimiento de los principios y valores constitucionales, ni tampoco al margen del respeto de los derechos fundamentales, antes bien, en tanto que el Ministerio Público es un órgano constitucional constituido y por ende sometido a la Constitución, tales facultades deben ser ejercidas

en estricta observancia y pleno respeto de los mismos". Mientras que, en la sentencia del expediente número cinco mil doscientos veintiocho-dos mil seis -PHC/TC, Gleiser Katz, en los fundamentos décimo quinto y décimo sexto, ha precisado con carácter de doctrina jurisprudencial que para determinar la razonabilidad del plazo de la investigación preliminar, se debe acudir cuando menos a dos criterios: Uno subjetivo que está referido a la actuación del investigado y a la actuación del fiscal, y otro objetivo que está referido a la naturaleza de los hechos objeto de investigación. Dentro del criterio subjetivo, [...] En cuanto a la actividad del fiscal, los criterios a considerar son la capacidad de dirección de la investigación y la diligencia con la que ejerce las facultades especiales que la Constitución le reconoce. Si bien se parte de la presunción de constitucionalidad y legalidad de los actos de investigación del Ministerio Público, ésta es una presunción iuris tantum, en la medida que ella puede ser desvirtuada.

Razonabilidad del plazo de investigación preliminar

Vigésimo Tercero. En consecuencia, el requerimiento de la prórroga del plazo de investigación preparatoria, debe realizarse bajo un control judicial en audiencia donde ejerzan contradicción los defensores de los imputados, de su fundamentación fáctica y jurídica y de las actuaciones del Ministerio Público, que debe ser conforme a lo establecido por las sentencias del Tribunal Constitucional indicadas en el considerando vigésimo segundo, rubro II Fundamentos de Derecho, sustentado en la garantía y el pleno respeto del derecho fundamental al debido proceso y sus diversas manifestaciones, como es el plazo razonable.

Control judicial del requerimiento de prórroga

DECISIÓN

Por estos fundamentos, por mayoría:

I. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación.

II. ESTABLECIERON de conformidad con lo previsto en el artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, como doctrina jurisprudencial el décimo segundo, vigésimo y vigésimo tercer considerandos, del rubro II Fundamentos de Derecho.

III. MANDARON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

IV. DISPUSIERON se transcriba la presente Ejecutoria a las Cortes Superiores en las que rige el Código Procesal Penal para su conocimiento y fines, y se publique en el diario oficial El Peruano.

V. ORDENARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

VI. Interviene el señor Juez Supremo Príncipe Trujillo por encontrarse inhibido el señor Juez Supremo Rodríguez Tineo.

S.S. VILLA STEIN /HINOSTROZA PARIACHI /PRÍNCIPE TRUJILLO /NEYRA FLORES

EL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO JAVIER VILLA STEIN, ES EL SIGUIENTE:

Al tratarse de una prórroga del plazo de investigación preparatoria y no de prisión preventiva, no se restringe este último derecho.

S. VILLA STEIN

VOTO DISCORDANTE DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO PARIONA PASTRANA ES COMO SIGUE:

I. ITINERARIO DEL PROCESO

1.1. Por resolución del diecinueve de enero de dos mil quince —fojas dos— declaró fundado en parte el requerimiento del representante del Ministerio Público, prorrogándose el plazo de la investigación preparatoria por 11 meses en el proceso seguido contra Gregorio Santos y otros, por la presunta comisión de delito contra la tranquilidad pública, en la modalidad de asociación ilícita y otros, en agravio del Estado.

1.2. Dicha resolución fue impugnada por los investigados Gregorio Santos Guerrero, Leyder Calva Guerrero, Juan Ricardo Coronado Fustamante, representantes de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios y la Fiscalía Supraprovincial Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios respectivamente; emitiéndose el auto de vista del primero el abril de dos mil quince —fojas trescientos dieciocho— que confirmó la resolución del diecinueve de enero de dos mil quince [descrita precedentemente].

1.3. Contra la citada resolución, los procesados Santos Guerrero y Calva Guerrero interpusieron recursos de casación, y si bien no invocaron ninguna de las causales previstas en el artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, sin embargo, argumentan su pretensión en el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del citado texto procesal, que regula la casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, arguyendo que: **i)** La resolución cuestionada desconoce que la investigación preparatoria tiene que ajustarse a los principios del plazo

razonable y proscripción de dilaciones indebidas; **ii)** El Colegiado hace referencia a la regla que estatuye el vigor de la ley procesal, pero interpretó indebidamente las excepciones a esta regla, como es la referida a los plazos que ya empezaron a correr y la aplicación ultractiva de la ley vigente en el momento inicial; **iii)** La prolongación es ínsita al plazo ordinario, pues no existiría sin este; de ahí que iniciado este plazo ordinario también se comprende la eventual prolongación, por ello tratándose de plazos que han empezado a correr los nuevos extremos temporales no son aplicables, salvo que resulten más favorable al procesado; **iv)** Se debe respetar el plazo ordinario de ocho meses y el plazo de prolongación de ocho meses más, previa autorización judicial; **v)** La Corte Suprema como desarrollo de la doctrina jurisprudencial debe pronunciarse interpretando la aplicación temporal de la Ley procesal y de las excepciones al respecto, diferenciando con nitidez cuándo un plazo empezó a transcurrir y por qué ello impide modificaciones ulteriores de los cánones procesales, descartándose la regencia ultractiva de la ley anterior.

1.4. Mediante resolución del veintinueve de abril de dos mil quince —fojas trescientos cuarenta y cinco— la Sala Penal de Apelaciones concedió el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de los recurrentes Santos Guerrero y Calva Guerrero, disponiendo que se eleven los actuados a esta Suprema Sala. Mediante Ejecutoria Suprema del dos de octubre de dos mil quince —fojas treinta y nueve del cuaderno de casación— este Supremo Tribunal declaró bien concedido el recurso de casación interpuesto por los referidos recurrentes, quienes invocaron casación excepcional establecida en el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, señalando que es necesario el desarrollo jurisprudencial respecto a *cuál es la aplicación del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal respecto a los plazos de la investigación preparatoria en casos complejos formalizados con anterioridad a la vigencia de la Ley número treinta mil setenta y siete.*

1.5. Deliberada la causa en sesión secreta y producida la votación, corresponde dictar sentencia absolviendo el grado, que se leerá en acto público —con las partes que asistan— el veintinueve de marzo de dos mil dieciséis a las ocho horas y treinta minutos de la mañana.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

2.1. RESPECTO AL ÁMBITO DE LA CASACIÓN

2.1.1. Se encomienda al Tribunal de Casación, como cabeza del Poder Judicial, dos misiones fundamentales en orden a la creación de la doctrina legal en el ámbito de la aplicación e interpretación de las normas jurídicas: **(a)** la depuración y control de la aplicación del Derecho por los Tribunales de Instancia, asegurando el indispensable sometimiento de sus decisiones a la Ley (función nomofiláctica); y, **(b)** la unificación de la jurisprudencia, garantizando el valor de la seguridad

jurídica y la igualdad en la interpretación y aplicación judicial de las normas jurídicas (defensa del *ius constitutionis*); bajo ese tenor, en sede casacional dichas misiones se estatuyen como fundamento esencial de la misma, en consecuencia, las normas que regulan el procedimiento del recurso de casación deben ser interpretadas bajo dicha dirección.

2.2. CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL 2004

2.2.1. El nuevo Código Procesal Penal del 2004 se adscribe a un sistema acusatorio contradictorio, teniendo no solo como características fundamentales las separaciones de funciones procesales, sino también el respeto de los derechos fundamentales que se debe manifestar en todo el transcurso del proceso penal, pues al estar constitucionalizado todo el ordenamiento procesal, se llega a la lógica consecuencia que debe estar orientado a la Constitución, por ello toda interpretación que verse sobre el derecho procesal penal debe estar orientado a éste.

2.2.2. Esta posición encuentra fundamento en las sentencias del Tribunal Constitucional que reconocen la labor protectora de derechos fundamentales de la interpretación y el Código Procesal Constitucional cuando establece que los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las sentencias emitidas por el dicho órgano autónomo[13]; es decir, el intérprete debe aplicar todos los métodos de interpretación cuando trabaje con las normas del nuevo Código Procesal Penal, y asignarle todos los significados que obtenga, confrontar esos con los preceptos o principios constitucionales contenidos en el Título Preliminar y elegir entre estos significados, aquél que guarde mayor conformidad con los principios constitucionales; entonces la interpretación literal no es suficiente para resolver los problemas que pueda traer consigo el nuevo texto procesal[14].

13 La Sentencia Nº 5854-2005-PA/TC, en su fundamento jurídico 3, señaló que " El tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una norma jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto".

14 NEYRA FLORES, JOSÉ ANTONIO. Manual del Nuevo Proceso Penal y Litigación Oral. Idemsa, Lima, 2010, pg. 115.

2.2.3. TÍTULO PRELIMINAR DEL NCPP

2.2.3.1. El nuevo proceso penal está inspirado en principios [máximas que configuran las características esenciales de un proceso, además son proposiciones jurídicas de carácter general y abstracto que dan sentido o inspiran a las normas concretas y a la falta de éstas normas, éstos pueden resolver directamente los conflictos] contenidos en su Título Preliminar[15], que por su carácter general y abstracto son considerados de orden constitucional, los mismos que están orientados en el proceso penal en el marco de una política global de Estado Constitucional de Derecho.

2.2.3.2. Uno de esos principios que están contenidos en el Título Preliminar del Código Procesal del 2004 es sobre la norma procesal más favorable al procesado, contenido en el artículo VII del Título Preliminar del citado Código Procesal, que establece:

1. La Ley procesal penal es de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite, y es la que rige al tiempo de la actuación procesal. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la Ley anterior, los medios impugnatorios ya interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución ***y los plazos que hubieran empezado.***

2. La Ley procesal referida a derechos individuales que sea más favorable al imputado expedida con posterioridad a la actuación procesal, se aplicará retroactivamente incluso para los actos ya concluidos, si fuera posible.

3. La Ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezcan 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.

4. En caso de duda insalvable sobre la Ley aplicable debe estarse a lo más favorable al reo.

2.2.3.3. La referida norma se debe interpretar literalmente, ya que indica en qué casos no debe regir el principio de *tempus regis actum* [la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolverse el acto] a fin de garantizar los derechos y garantías fundamentales del procesado. Ello no solo está previsto en la referida norma procesal, sino también en el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado, que se refiere al aspecto puramente procesal, el cual garantiza a toda persona el estricto respeto de los procedimientos previamente establecidos, al prohibir que ésta sea desviada de la jurisdicción predeterminada, sometida a procedimiento distinto o juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción o por comisiones especiales, y en el inciso 11 del referido artículo constitucional que señala la aplicación de la ley más favorable

15 El artículo X del Título Preliminar del Código Procesal Penal señala que "Las normas que integran el presente Título prevalecen sobre cualquier otra disposición de este Código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación".

al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales [esta institución fue denominada por el Tribunal Constitucional principio de legalidad procesal[16]].

2.2.3.4. En atención a ello, la Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.), Comité de Derechos Humanos, Caso David Michael Nicholas vs. Australia, Comunicado N° 1080/2002 indicó que "La introducción de cambios en las normas sobre procedimiento y prueba después de haber cometido un acto criminal puede, en ciertas circunstancias, ser pertinente para la determinación de la aplicabilidad del artículo 15, especialmente si tales cambios afectan la naturaleza de un hecho punible".

2.2.3.5. Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [Caso Khodorkovsky vs. Rusia, Sentencias números 11082/06 y 13772/05] señaló que "El principio de legalidad no establece ningún requisito respecto al procedimiento a seguir para la investigación y el enjuiciamiento de los delitos. Así, por ejemplo, la ausencia de una norma previa para el enjuiciamiento de un ilícito penal puede analizarse desde el punto de vista del derecho al debido proceso garantizado por el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, pero no afecta en sí el principio de legalidad penal. Por otro lado, la aplicación inmediata de normas que regulan el procedimiento (*tempus regit actum*) no es contraria a los principios de legalidad e irretroactividad; no obstante, el Tribunal Europeo determina en cada caso la disposición legislativa en cuestión, independientemente de su denominación formal, pues contiene reglas estrictamente procesales o de derecho penal material, que afectan el tipo delictivo o la severidad de la pena".

2.2.3.6. Además, cabe señalar que si bien existe una tendencia en el sistema europeo-continental respecto a la aplicación de las normas que regulan el procedimiento, siendo ésta al momento de la entrada en vigencia de la misma; sin embargo, existe la excepcionalidad, en algunos países[17], como es el caso de Perú,

16 Véase Sentencia Número 8957-2006 PA/TC, fundamento jurídico 14.

17 Por ejemplo en Colombia, Argentina, Chile y Uruguay rige la aplicación inmediata de la norma procesal con excepción de la aplicación de la normas más benigna sea referente a la norma sustantiva o a la norma procesal. En particular, en Colombia la regla general es la aplicación inmediata de la norma adjetiva, con excepción de los actos procesales que ya se cumplieron de conformidad con la ley anterior. Asimismo la Corte Constitucional de Colombia, en su Sentencia N° 371-11 reiteró su jurisprudencia constante en esta materia y concluyó que "el principio de favorabilidad" constituye una excepción a la regla general, según la cual las leyes rigen hacia el futuro, el contexto propio para la aplicación es la sucesión de leyes, y no puede desconocerse bajo ninguna circunstancia. Cfr. Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-619/01 del 14 de junio del 2001; Sentencia C-371-2011 del 11 de mayo del 2011. Con respecto a Argentina ver las Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Caso Fundación Emprender vs D. G. I, Sentencia del 5 de marzo del 2013. Con relación a Chile, ver artículo 11° del Código Procesal Penal del 12 de diciembre de 2002, y el artículo 24° de la Ley sobre efecto retroactivo de las leyes; de igual manera Cfr. Corte Suprema de Chile, Segunda Sala Penal, causa número 177772005. Resolución número 28233 del 2 de noviembre

donde se aplica el principio de favorabilidad de la norma procesal más beneficiosa para el procesado.

2.2.3.7. En tal sentido, el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004, si bien señala que la norma procesal penal se rige bajo el principio *Tempus regit actum*; sin embargo, éste tiene sus excepcionalidades, las mismas que fueron recogidas por el legislador a fin de garantizar los derechos y libertades del procesado, advirtiéndose que la ley más favorable al procesado no solo rige en materia sustantiva, sino también en la norma adjetiva dentro de un proceso garantista dentro del marco de un Estado Constitucional de Derecho.

III. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

3.1. En el presente caso, de la revisión de los actuados se tiene que el 13 de mayo de dos mil catorce se formalizó la investigación preparatoria contra los recurrentes Santos Guerrero y Calva Guerrero, en cuya fecha estaba vigente el texto original del Código Procesal Penal, Decreto Legislativo número 957, que establecía en el inciso dos del artículo 42° que "Tratándose de investigaciones complejas, el plazo de la investigación preparatoria es de ocho meses. La prórroga por igual plazo debe concederla el Juez de la Investigación Preparatoria".

3.2. Siendo que antes de la culminación de dicho plazo, el fiscal, mediante la Disposición del 29 de diciembre de 2014 —fojas dos—, requirió por el plazo de 14 meses la prórroga del plazo de la investigación preparatoria, emitiéndose la resolución del 19 de enero de 2015 —fojas ciento veintidós—, que declaró fundado en parte el requerimiento del Ministerio Público, prorrogándose el plazo de 11 meses la investigación preparatoria, al considerar que se trata de un proceso complejo y que si bien la formalización de la investigación preparatoria se inició el 13 de mayo de 2014, y con fecha 1 de julio de 2014 entró en vigencia la Ley contra el Crimen Organizado que modificó el artículo 342.2 del Código Procesal Penal indicando que "Tratándose de investigaciones complejas, el plazo de la investigación preparatoria es de ocho meses. Para el caso de investigación de delitos perpetrados por imputados integrantes de organizaciones criminales, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma, el plazo de la investigación preparatoria es de 36 meses. La prórroga por igual plazo debe concederla el Juez de la Investigación Preparatoria"; en mérito a ello, consideró que se debe aplicar las normas procesales vigentes al momento de presentarse el acto procesal, siendo ésta la solicitud de prórroga de la investigación preparatoria, por tanto corresponde aplicar el nuevo plazo establecido en la Ley N° 30077, esto es, de 36 meses.

---

del 2006. Con respecto a Uruguay ver el artículo 12° del Código General del Proceso, Ley 15, 982 y las Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Uruguay, Sentencia del 6 de diciembre de 2000, número 517/2000, Recurso de Casación.

3.3. Dicha decisión fueron apeladas por los recurrentes, emitiéndose el auto de vista del primero de abril del 2015 —fojas trescientos dieciocho—, que confirmó la resolución de primera instancia, con los mismos fundamentos.

3.4. En efecto, este Tribunal Supremo considera que si bien la Ley número 30077 entró en vigencia el 1 de julio del 2014, que modificó el plazo de la investigación preparatoria a 36 meses en las investigaciones de delitos perpetrados por imputados integrantes a organizaciones criminales; sin embargo, dicho plazo no puede ser tomando en cuenta en el caso *sub examine*, toda vez que la misma norma procesal en el artículo VII del Título Preliminar señala que si bien rige el principio *Tempus regit actum*, no obstante éste tiene sus excepciones al indicar, entre otras, que se regirán con la Ley anterior, los medios impugnatorios ya interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución ***y los plazos que hubieran empezado***, siendo este último aplicado en el caso concreto, ya que el inicio de la investigación preparatoria se dio el 13 de mayo de 2014 transcurriendo el plazo del mismo para su culminación que es de 8 meses, pues la referida etapa procesal tiene como una de sus características esenciales que está sujeta a control judicial y a plazos dentro de un nuevo proceso penal garantista que protege no solo las garantías constitucionales del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva que tiene el justiciable, sino también el respeto de sus derechos fundamentales; tanto más si el nuevo plazo previsto en la citada Ley no le es favorable. Por el contrario, el Juez de Investigación Preparatoria, que es un juez garantista, cuya función es controlar la investigación, atender a la afectación de un derecho fundamental y prestar tutela cuando lo requieren, no tuvo en cuenta que dicha decisión vulneró la garantía al debido proceso que le asiste a los recurrentes, puesto que el plazo establecido en la acotada Ley no le son favorables.

3.5. Aunado a ello, cabe precisar que la Ley número 30077, en su segunda disposición complementaria, establece en relación a su aplicación a investigaciones y procesos en trámites que:

"Para las investigaciones y procesos en trámite a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley seguidos contra integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma, se respetan las siguientes reglas:

2. En los casos seguidos bajo la vigencia del Código de Procedimientos Penales, en la que el fiscal haya formalizado la denuncia penal pero el Juez aún no la haya calificado, se procede a la devolución de los actuados al Ministerio Público a fin de que se adecuen a las reglas del Código Procesal Penal aprobado por el Decreto Legislativo número 957.

3. Los procesos penales ya instaurados con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente Ley, ya sea bajo la vigencia del Código de Procedimientos Penales o del Código Procesal Penal aprobado por el Decreto Legislativo 957, *siguen su trámite regular, bajos esas mismas reglas según corresponda, hasta su culminación.*

3.6. En tal sentido, el caso *sub judice* se rige bajo las normas ya establecidas en el nuevo Código Procesal Penal, puesto que no se encuentra en diligencias preliminares, sino en la etapa de investigación preparatoria, es decir, ya se inició el proceso penal instaurado contra los recurrentes, el mismo que debe regirse bajo las normas que estaban vigentes al momento de que el representante del Ministerio Público, formalizó la investigación preparatoria, que fue el 13 de mayo de 2014, por lo que el plazo de la misma es de 8 meses en caso de procesos complejos, prorrogable por 8 meses, conforme lo establece el inciso 2 del artículo 342° de la norma adjetiva; tanto más si la acotado Ley se refiere al principio de favorabilidad que deben regir en determinados procesos, como el de este.

3.7. En ese sentido, el presente recurso se debe declarar fundado, en consecuencia tanto el auto de vista como el de primera instancia deben declararse nulo, a fin de que otro Colegiado emita un nuevo pronunciamiento conforme a Derecho, respetando los derechos y garantías fundamentales que le asiste a todo justiciable, conforme a lo previsto en el inciso 1 del artículo 433° del Código Procesal Penal.

DECISIÓN

Por estos fundamentos: **MI VOTO** es que se declare:

I. FUNDADO el recurso de casación interpuesto por la defensa de los procesados Gregorio Santos Guerrero y Leider Calva Guerrero.

II. CASARON CON REENVÍO, en consecuencia:

III. NULA las resoluciones de primera y segunda instancia del diecinueve de enero de dos mil quince y del primero de abril de dos mil quince —fojas ciento veintidós y trescientos dieciocho, respectivamente— que declararon fundado en parte el requerimiento del representante del Ministerio Público respecto a la prórroga del plazo de investigación preparatoria en el proceso seguido contra los citados recurrentes por la presunta comisión del delito contra la tranquilidad pública, asociación ilícita para delinquir y otros, en agravio del Estado.

IV. DISPUSIERON que otro Juez de Investigación Preparatoria emita un nuevo pronunciamiento conforme a Derecho sobre la prórroga del plazo de investigación preparatoria, dentro del límite establecido.

V. ESTABLECIERON como desarrollo jurisprudencial los fundamentos jurídicos 3.4, 3.5 y 3.6 de la presente Sentencia Casatoria.

VI. ORDENARON que se dé lectura de la presente sentencia casatoria en audiencia pública y se publique en el Diario Oficial "El Peruano", de conformidad con lo previsto en el numeral tres del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal. Hágase saber.

S. PARIONA PASTRANA

CAPÍTULO II
La etapa intermedia

I.
EL SOBRESEIMIENTO

1.
CASACIÓN N.º 139-2011-CUSCO
LA NO CONTINUACIÓN DE MEDIDAS COERCITIVAS REALES CUANDO LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA HA SIDO SOBRESEÍDA

Casación	**N.º 139-2011-Cusco**
Fecha	10.04.2011
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponente	Javier Villa Stein
Tema	La no continuación de medidas coercitivas reales cuando la investigación preparatoria ha sido sobreseída
Doctrina jurisprudencial vinculante	ff. jj. n.º 5-7
Concordancia	Código Procesal Penal: art. 320.1, 427.4, 429.3, 504.2

SUMILLA:

Que, en consecuencia, [...], en el caso sub examine "ha quedado debidamente establecido que tanto contra el recurrente [...] y contra el imputado [...] el titular de la acción penal pública, ha incoado procesos de investigación, por la comisión de delito de contrabando; *sin embargo, ambos procesos con opinión favorable de la Fiscalía Superior han sido sobreseídos. Por lo tanto a la fecha no existe proceso abierto por tal delito en contra de ninguna de las referidas personas*". Por lo tanto, lo dispuesto en sede jurisdiccional, resulta concordante con los lineamientos jurisprudenciales vigentes en materia de incautación.

[...].

Partiendo de dicha premisa [última ratio del derecho penal], resulta inviable la continuación de medidas coercitivas reales dispuesta *intra* proceso penal y que supeditadas al derrotero de la pretensión punitiva, se dispuso declarar fundado el reexamen, entrega de bien incautado y levantamiento de la medida.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 139-2011
CUSCO

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, diez de abril del dos mil doce

VISTOS; El recurso de casación formulado por el procurador de la SUNAT contra la resolución número ocho, del veinte de abril de dos mil once, obrante a fojas setenta y uno, que revocó la resolución del treinta y uno de marzo de dos mil once, que declaró infundada la solicitud de Hermógenes Pillco Huamán, y reformándola declararon fundado el reexamen y entrega de bien incautado y levantamiento de la medida, disponiendo la devolución del vehículo marca Fuso, con placa de rodaje WZ guión siete mil novecientos trece, por desarrollo de la doctrina jurisprudencial —inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal— y el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve de la referida norma procesal.

Interviniendo como ponente el señor juez supremo, señor Dr. Javier Villa Stein.

ANTECEDENTES

Primero. Que, conforme se consigna en el considerando cuarto de la resolución de fecha veinte de abril del dos mil once, obrante a fojas setenta y uno, contra Hermógenes Pillco Huamán y contra el imputado Andrés Auccaise Aucapiña el titular de la acción penal pública, incoó procesos de investigación por la comisión del delito de contrabando; sin embargo, ambos procesos con opinión favorable de la Fiscalía Superior han sido sobreseídos. Por lo que, no existe proceso abierto por tal ilícito penal en contra de las referidas personas.

Segundo. Que, asimismo, se subraya que se expidió la "Disposición de Sobreseimiento" a favor del recurrente y del transferente que inmatriculó la primera de dominio Andrés Auccaise Auccapiña. Siendo evidente que a la fecha no existe investigación preliminar, investigación preparatoria en giro sobre el referido vehículo.

CONSIDERANDO

Tercero. Que, el recurso de casación interpuesto por el procurador de la SUNAT contra la resolución número ocho, del veinte de abril del dos mil once, obrante a fojas setenta y uno, radica en el supuesto de desarrollo de la doctrina jurisprudencial —inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal— y el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve de la referida norma procesal.

En este orden de ideas, a fojas 99, la recurrente esgrime que: "Estando a que algunos órganos del Ministerio Público como del Poder Judicial, siguen considerando la existencia de dos posiciones opuestas, en relación a determinar la autoridad competente que determinará la **situación**

definitiva de la mercancía incautada en el ámbito de los delitos aduaneros, en la situación de: culminada la investigación sobre delitos aduaneros-realizada por el Ministerio Público. Por la no existencia del delito, si corresponde la aplicación o preeminencia de una u otra, norma, a saber, *la primera,* de una norma **específica** sobre materia de delitos aduaneros como lo es la Primera Disposición Final del Reglamento de la LDA, o *la segunda,* de una norma **general** como lo es el artículo 320 del nuevo CPP.

En consecuencia se hace imperativo que la Sala Penal de la Corte Suprema determine, mediante **ejecutoria con precedente vinculante, tratándose de delitos aduaneros**, que cuando de la investigación, realizada por el Ministerio Público mediante resolución firme, se concluye por la no existencia del delito, paro los fines de la devolución de las mercancías o bienes incautadas, si corresponde la aplicación de una **norma específica** sobre delitos aduaneros (Primera Disposición Final del Reglamento de la Ley de los Delitos Aduaneros), o si corresponde la aplicación de una **norma general** (Artículo 320.1 del Nuevo Código Procesal Penal). En consecuencia, no es pertinente que la jurisdicción se inmiscuya en asuntos conducidos por una entidad con prerrogativas de fiscalización y control de cumplimiento de obligaciones tributarias, plenamente definidos y establecidos por la legislación pertinente.

Cuarto. Que, dada la causal postulada, debemos relievar que a la par de los requerimientos de procedibilidad, y a efectos de la Corte intervenir y aceptar discrecionalmente la casación excepcional, se exige como condicionamiento, de que se trate de una situación con proyecciones a la necesidad del desarrollo-unificación de la jurisprudencia nacional, ora porque existan vacíos, o se requieran mayores puntualizaciones, o se pretenda por variaciones jurisprudenciales; **aspecto alguno que corresponderá singularizar al impugnante**. Al respecto la jurisprudencia extranjera señala que: "*La discrecionalidad de la Corte para aceptarla no se extiende a situaciones comunes, repetitivas o meramente contingentes, sino a la necesidad del desarrollo doctrinario con miras a la unificación de la jurisprudencia nacional* [...]". Como obligada consecuencia, no bastará entonces con que el impugnante haya interpuesto en tiempo el recurso con el señalamiento que haga del evento al que se acoge, pero ni siquiera con la genérica advertencia de que a su juicio se requiere tomar un tema en búsqueda de precisión o ampliación de los criterios, *sino que el esfuerzo ha de adentrarse a señalar ante todo los aspectos errátiles, oscuros o carentes de un debido desarrollo, todo lo cual implica la necesidad de indicar con toda claridad y precisión en qué consiste el pronunciamiento o las variaciones a las cuales se aspira.* Tal

Singularización de la necesidad de desarrollo de unificación jurisprudencial

condicionamiento, exige como imperativo al censor, el no quedarse en la simple enunciativa o prédica de que se trata de una impugnación con miras a la necesidad del desarrollo jurisprudencial, *sino el interponerse y a la vez en dicha interposición, sustentarse, y si se trata de la necesidad de intervención de la Corte dé cara al desarrollo de la jurisprudencia, plasmar las correspondientes confrontaciones a la jurisprudencia existente y relativa al tema sustancial de que se trate, y/o, aportando criterios en punto de lo cambiable u objeto de ampliación.*

Exigencias en la solicitud de desarrollo de doctrina jurisprudencial

Quinto. Que, así las cosas, la materia puesta a consideración, la incautación, fue abordada por el Acuerdo Plenario N.º 5-2010/CJ-116, Asunto: Incautación, del 16 de noviembre del dos mil diez, estableciéndose como criterios jurisprudenciales, entre otros, el rubro del "**reexamen de la incautación**", al puntualizar que "el afectado por una medida de incautación, instrumental o cautelar, que en ambos casos tiene la condición de interviniente accesorio, tiene dos opciones: interponer recurso de apelación o solicitar el reexamen de la medida. La institución del reexamen se asocia a la incorporación de actos de investigación o de algún elemento de convicción luego de la realización del acto mismo, que modifique la situación que inicialmente generó la incautación. Desde luego, si la incautación carece desde un inicio de los presupuestos materiales que la determinan será del caso interponer el respectivo recurso de apelación. *El tercero que alegue ser propietario de un bien incautado y que no ha intervenido en el delito, dice el artículo 319.b nuevo CPP, puede solicitar el reexamen de la medida de incautación,* a fin de que se levante v 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 de evidencias existentes cuando ésta se decretó o efectivizó".

Reexamen de la incautación y apelación

Sexto. Que, en consecuencia, fijado lo anterior, y conforme se subraya en el considerando cuarto de la resolución de fojas setenta y uno, en el caso *sub examine* "ha quedado debidamente establecido que tanto contra el recurrente Hermógenes Pillco Huamán y contra el imputado Andrés Auccaise Aucapiña el titular de la acción penal pública, ha incoado procesos de investigación, por la comisión de delito de contrabando; *sin embargo, ambos procesos con opinión favorable de la Fiscalía Superior han sido sobreseídos. Por lo tanto a la fecha no existe proceso abierto por tal delito en contra de ninguna de las referidas personas".* Por lo tanto, lo dispuesto

en sede jurisdiccional, resulta concordante con los lineamientos jurisprudenciales vigentes en materia de incautación.

Séptimo. Que, por otro lado, debemos resaltar que el derecho penal se deslinda de las otras ramas del ordenamiento jurídico, por su carácter fragmentario, ya que en él solo se protegen los más relevantes bienes y valores sociales frente a los ataques graves que son intolerables, y que constituyen el supremo garantizador de lo que se ha denominado los bienes jurídicos. Es un fragmento, del todo, en el que encontramos los derechos y deberes que permiten la coexistencia social.

Carácter fragmentario del derecho penal

Acorde a ello, nuestra jurisprudencia destaca la recepción jurisprudencial del concepto de "intervención mínima", en efecto, en la Ejecutoria suprema de fecha siete de junio del dos mil seis, R.N.N.º 2090-2005, Lambayeque, se relieva 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 y subsidiario del arsenal de medios coercitivos estatuidos por el ordenamiento jurídico porque constituye la última ratio en relación con los demás medios de control social*". De esta forma, se configura como una suerte de idea-fuerza, centro de un sistema solar alrededor del que orbitan otros principios como el de "fragmentariedad", "*ultima ratio*", "proporcionalidad" y hasta el de "insignificancia".

Intervención mínima

Partiendo de dicha premisa, resulta inviable la continuación de medidas coercitivas reales dispuesta *intra* proceso penal y que supeditadas al derrotero de la pretensión punitiva, se dispuso declarar fundado el reexamen, entrega de bien incautado y levantamiento de la medida.

Octavo. Que, —el artículo quinientos cuatro, apartado dos, del Código Procesal Penal—, establece que las costas serán pagadas por quien interpuso un recurso sin éxito, las cuales se imponen de oficio conforme al apartado dos del artículo cuatrocientos noventa y siete del citado Código Procesal; sin embargo, en el caso sub examine, no se advierte temeridad o mala fe por parte de la recurrente; en consecuencia, se encuentra exento del pago de costas.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. DECLARARON: INFUNDADO el recurso de casación formulado por el Procurador de la SUNAT contra la resolución número ocho, del veinte de abril de dos mil once, obrante a fojas setenta y uno, que revocó la resolución del treinta y uno de marzo de dos mil once, que declaró infundada la solicitud de Hermógenes Pillco Huamán, y reformándola declararon fundado el reexamen y

entrega de bien incautado y levantamiento de la medida, disponiendo la devolución del vehículo marca Fuso, con placa de rodaje WZ guión siete mil novecientos trece, por desarrollo de la doctrina jurisprudencial —inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal— y el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve de la referida norma procesal.

II. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia por Secretaría de esta Suprema Sala Penal el diecinueve de abril de dos mil doce, a las ocho con treinta minutos de la mañana; y acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

III. EXONERARON del pago de las costas del recurso a la recurrente.

IV. ORDENARON se devuelvan los actuados al Tribunal Superior de origen; y archívese, hágase saber.

Interviene el señor juez supremo Morales Parraguez por vacaciones del señor juez supremo Pariona Pastrana.

S.S. VILLA STEIN /RODRÍGUEZ TINEO /SALAS ARENAS /NEYRA FLORES /MORALES PARRAGUEZ

CAPÍTULO III
El juzgamiento

I.
EL DESARROLLO DEL JUICIO

1.
RECURSO DE NULIDAD N.° 2206-2005-AYACUCHO
LA CONCLUSIÓN ANTICIPADA DEL DEBATE ORAL

Recurso de Nulidad	**N.° 2206-2005-Ayacucho**
Fecha:	12.07.2005
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponente	José Lecaros Cornejo
Tema	La conclusión anticipada del debate oral
Precedente vinculante	f. j. n.° 3
Concordancia	Código Penal: arts. 45 y 46 Código de Procedimientos Penales: art. 136, 281 y 301-A Ley N.° 28122: art. 5

SUMILLA:
Que la sentencia recurrida se ha emitido al amparo de lo dispuesto por el artículo cinco de la ley número veintiocho mil ciento ventidos, que autoriza la conclusión anticipada del debate oral si el acusado, con la conformidad de su abogado defensor, acepta ser autor o partícipe del delito materia de la acusación y responsable de la reparación civil; que la regla segunda del citado artículo de la ley en referencia prescribe que en ese caso, una vez declarada la conclusión anticipada del debate oral, se dictará sentencia en esa misma sesión o en la siguiente, que no podrá postergarse por más de cuarenta y ocho horas, bajo sanción de nulidad; que estos casos, tal como ha procedido el Tribunal de Instancia, no cabe plantear y votar las cuestiones de hecho a que se refiere el artículo doscientos ochenta y uno del Código de Procedimientos Penales, no solo porque la norma especial no lo estipula de modo expreso, sino también porque el citado artículo doscientos ochenta y uno de la Ley Procesal Penal presupone una audiencia precedida de la contradicción de cargos y de una actividad probatoria realizada para verificar —rechazando o aceptando— las afirmaciones de las partes, que es precisamente lo que no existe en esta modalidad especial de finalización del procedimiento penal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N.º 2206-2005

AYACUCHO

Lima, doce de julio del dos mil cinco.

VISTOS: El Recurso de Nulidad interpuesto por el acusado Flavio Argumedo Gamboa contra la sentencia de fojas cuatrocientos cuarenta y cuatro, de fecha veintisiete de abril de dos mil cinco; de conformidad con lo dictaminado por la señora Fiscal Suprema en lo Penal, por sus fundamentos.

CONSIDERANDO

Primero: Que en la formalización del Recurso de Nulidad de fojas cuatrocientos sesenta v cuatro la defensa del acusado Argumedo Gamboa cuestiona la pena impuesta, pues a su juicio no se apreció la confesión sincera de su patrocinado por lo que debe imponérsele una pena por debajo del mínimo legal.

Segundo: Que, por el contrario, el Tribunal de Instancia ha valorado adecuadamente las exigencias que plantea la determinación de la pena, en orden a las condiciones personales del acusado, a la naturaleza del delito y a la forma y circunstancias de la comisión del evento delictivo, —cabe señalar que conjuntamente con el acusado Serafín Luque Anyaco estaban transportando doce kilos quinientos sesenta gramos de pasta básica de cocaína para su posterior comercialización—, así como a las reglas o factores previstos por los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal; que si bien el acusado Argumedo Gamboa desde la etapa Preliminar hasta el juicio oral admitió los hechos materia de acusación, la imposición de una pena por debajo del mínimo legal a tenor del artículo ciento treinta y seis del Código de Procedimientos Penales, modificado por el artículo uno de la ley veinticuatro mil trescientos ochenta y ocho, es facultativa; que, en tal virtud, la pena impuesta se encuentra arreglada a ley.

Criterios del tribunal para determinar la pena

Condición para la disminución de la pena

Tercero: Que la sentencia recurrida se ha emitido al amparo de lo dispuesto por el artículo cinco de la ley número veintiocho mil ciento ventidos, que autoriza la conclusión anticipada del debate oral si el acusado, con la conformidad de su abogado defensor, acepta ser autor o partícipe del delito materia de la acusación y responsable de la reparación civil; que la regla segunda del citado artículo de la ley en referencia prescribe que en ese caso, una vez declarada la conclusión anticipada del debate oral, se dictará sentencia en esa misma sesión o en la siguiente, que no podrá postergarse por más de cuarenta y ocho horas, bajo sanción de nulidad; que estos casos, tal como ha procedido el Tribunal de Instancia, no cabe plantear y votar las cuestiones de hecho a que se refiere el artículo doscientos ochenta y uno del Código de Procedimientos Penales, no solo porque la norma especial no lo estipula de modo expreso, sino también porque el citado artículo doscientos ochenta y uno de la Ley Procesal Penal presupone una audiencia precedida de la contradicción de cargos y de una actividad probatoria realizada para verificar —rechazando o aceptando— las afirmaciones de las partes, que es precisamente lo que no existe en esta modalidad especial de finalización del procedimiento penal.

Conclusión anticipada

Efecto de la conclusión anticipada

Inexistencia de contradicción de cargos

Cuarto: Que tratándose de una interpretación que sienta un principio acerca del alcance de la regla segunda del artículo cinco de la Ley número veintiocho mil ciento veintidós, y visto su carácter general, corresponde invocar el apartado uno del artículo trescientos uno-A del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve, y disponer el carácter vinculante del fundamento jurídico anterior.

DECISÓN

Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas cuatrocientos cuarenta y cuatro, de fecha veintisiete de abril de dos mil cinco, en la parte recurrida que condena a Flavio Argumedo Gamboa por delito contra la salud pública —tráfico ilícito de drogas— en agravio del Estado a ocho años de pena privativa de libertad, al pago de trescientos días multa e inhabilitación conforme a los incisos uno, dos y cuatro del artículo treinta y seis del Código Penal por el término de cinco años; con lo demás que contiene; **ESTABLECIERON** que el fundamento jurídico tercero de la presente Ejecutoria tiene carácter vinculante; en consecuencia, **ORDENARON** su publicación en el diario oficial *El Peruano* y, de ser posible, a través del portal o página web del Poder Judicial; y los devolvieron.

S. S.
SIVINA HURTADO / SAN MARTÍN CASTRO / PALACIOS VILLAR / LECAROS CORNEJO / MOLINA ORDÓÑEZ

2.
RECURSO DE NULIDAD N.° 4040-2011-LIMA
LA LECTURA DE LA SENTENCIA SOLO CONSTITUYE UN ACTO FORMAL DE COMUNICACIÓN DE LA DECISIÓN

Recurso de Nulidad	**N.° 4040-2011-Lima**
Fecha:	29.11.2012
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponentes	José Neyra Flores
Tema	La lectura de la sentencia solo constituye un acto formal de comunicación de la decisión
Precedente vinculante	f. j. n.° 4
Concordancia	Código Procesal Penal: art. 396 Código de Procedimientos Penales: arts. 289, 301-A

SUMILLA:

Si un procesado ha cumplido con asistir a todas las audiencias del contradictorio, ha ejercido cabalmente su derecho de defensa, con interrogatorios y pruebas, su abogado ha efectuado sus alegatos finales e incluso el mismo procesado ha realizado su autodefensa, entonces, la audiencia final en la que se cumplirá con la lectura de las cuestiones de hecho y la sentencia, representa simplemente un acto de notificación de la decisión adoptada, lo que se puede hacer en presencia o no del acusado, pues tal situación no afecta en modo alguno el derecho de defensa del procesado [...] la lectura de la sentencia solo constituye un acto formal de comunicación de la decisión, no afectando las garantías que rigen el contradictorio, pues ya precluyó la actuación probatoria y esta se realizó en igualdad de armas y con presencia del acusado y su abogado defensor.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N.° 4040-2011
LIMA

Lima, veintinueve de noviembre del dos mil doce.

VISTOS: El recurso de nulidad interpuesto por el procesado Daniel Arturo Contreras Baldeón, contra la resolución de fecha veinticinco de julio del dos mil once, de fojas cuarenta y siete, que declaró quebrado el juicio oral y sin efecto lar actas de su propósito, así como revocó el extremo del auto de apertura de instrucción de fecha veintiuno de agosto del dos mil siete, en cuanto dictó

mandato de comparecencia y reformándola dictaron mandato de detención contra su persona; con los demás que contiene; derivado del proceso que se le sigue por el delito contra la libertad-violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor identificada con las iniciales E.M.T.S.; interviniendo como ponente el señor juez supremo o sea Antonio Neyra Flores; con lo expuesto por el señor fiscal suprema en lo Penal.

CONSIDERANDO

Primero: Que, el procesado Contreras Baldeón al fundamentar su recurso de nulidad a fojas cincuenta y uno, señala que el Colegiado Superior al emitir la resolución recurrida no tomó en cuenta su resquebrajado estado de salud, pues fue diagnosticado con tifoidea y que ese fue el motivo de su inasistencia al acto oral el día cinco de julio del año dos mil once; que la medida que se le ha aplicado, resulta ser totalmente drástica; que su conducía siempre ha sido de contribución con la acción de la justicia; en consecuencia, solicita se revoque el mandato decretado.

Segundo: Que previamente sin entrar en el análisis de fondo en el presente caso, debe indicarse que el Colegiado Superior mediante resolución con fecha veinticinco de julio del dos mil once —notificada al recurrente con fecha veintiuno de setiembre de dicho año— declaró quebrado el juicio oral y revocó el mandato de comparecencia por el de detención; que contra dicha resolución el procesado mediante escrito de fecha veintitrés de setiembre del dos mil once, interpuso recurso de nulidad, el mismo que cumple con los presupuestos de fundamentación y plazo a que se refiere el artículo doscientos ochenta y nueve del Código de Procedimientos Penales —veinticuatro horas—, ello toda vez que, el día veintidós de setiembre del dos mil once, no debe ser considerado para efectuar el respectivo cómputo, pues dicho día hubo paralización de labores por huelga de los trabajadores del Poder Judicial, como se advierte de la Resolución Administrativa emitida por la presidencia del Poder Judicial, de dicha fecha, número trescientos cuarenta y tres - dos mil once-P-PJ, por tanto, los fundamentos expuestos por el representante del Ministerio Público en su dictamen carecen de fundamento.

Tercero: Que, en cuanto al tema central de la impugnación cabe indicar, que el Colegiado Superior al suspender la sesión de audiencia de fecha veintisiete de junio del año dos mil once, y disponer que el contradictorio iba a continuar el día cinco de junio de dicho año, como se advierte del acta de fojas cuarenta y cuatro, dejó establecido el apercibimiento en contra del acusado Contreras Baldeón que ante

su inconcurrencia se le iba a revocar el mandato de comparecencia por el de detención, lo que finalmente al presentarse dicha situación ocurrió; que ello evidentemente, en ningún modo, afecta el derecho de defensa del justiciable, pues existía un apercibimiento previo, resultando que este conocía de antemano los consecuencias que su inasistencia acarrearía —tanto más si ello motivó que se declarara quebrado el juicio oral (aspecto que se desarrollará en el siguiente considerando)—, en tal sentido, lo resuelto por el Colegiado Superior se encuentra arreglado a derecho, pues en principio, antes de la sesión de audiencia de fecha cinco de julio del dos mil once —ni en la misma audiencia dicho acusado, vía su abogado defensor, cumplió con presentar alguna documentación que acredite un motivo justificado que sustente una pretendida reprogramación del juicio, en consecuencia, al inadvertirse tal situación, su comportamiento evasivo, generó que el Colegiado Superior haciendo efectivo el apercibimiento decretado disponga la revocación de la medida cautelar por la de detención, deviniendo en inatendibles los agravios expuestos por el recurrente en su recurso de nulidad, tanto más si esos representan argumentos de defensa planteados con posterioridad al hecho —inasistencia a la audiencia— que generó la decisión del Colegiado Superior, que ahora pretender se modifique.

Cuarto: Que, sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, debe dejarse establecido que si bien el Colegiado Superior sancionó la inconcurrencia del procesado Contreras Baldeón a la sesión de audiencia en la que se iban a leer las cuestiones de hecho y la sentencia recaída en el proceso que se le siguió, y que ello acarreó que se declarara quebrado el juicio oral, sin embargo, cabe indicar que dicho procedimiento resulta totalmente perjudicial para el proceso mismo —con la declaración de quiebre que retrotraerá todo, a un estadio inicial del acto oral—, y lo convierte en ineficiente, pues debe tenerse en cuenta que si un procesado ha cumplido con asistir a todas las audiencias del contradictorio, ha ejercido cabalmente su derecho de defensa, con interrogatorios y pruebas, su abogado ha efectuado sus alegatos finales e incluso el mismo procesado ha realizado su autodefensa, entonces, la audiencia final en la que se cumplirá con la lectura de las cuestiones de hecho y la sentencia, representa simplemente un acto de notificación de la decisión adoptada, lo que se puede hacer en presencia o no del acusado, pues tal situación no afecta en modo alguno el derecho de defensa del procesado, quien siguiendo los lineamientos descritos —de presencia en las sesiones anteriores y presentación de sus argumentos ya sea por el mismo a su abogado defensor— ha preservado —y así lo tiene que asegurar el Órgano Jurisdiccional— el respeto a sus derechos y garantías constitucionales —de debido proceso y de defensa—; en

Lectura de sentencia y derecho de defensión

tal sentido, la lectura de la sentencia solo constituye un acto formal de comunicación de la decisión, no afectando las garantías que rigen el contradictorio, pues ya precluyó la actuación probatoria y esta se realizó en igualdad de armas y con presencia del acusado y su abogado defensor, siendo ello así, entonces no existía en el presente caso motivo alguno que conllevara a la declaración del quiebre del juicio oral, sino que pudo proseguirse con el acto oral en el estadío que se encontraba —así incluso lo habilite el Código Procesal Penal del dos mil cuatro, cuando en su artículo trescientos noventa y seis señala: "[...] *que la sentencia será leída ante quienes comparezcan (ello obviamente en tanto en cuanto se hayan garantizado los derechos de los justiciables en el desarrollo del proceso penal)*"—; tanto más si —por las consideraciones expuestas— no se trata de una condena en ausencia o contumacia, ello pues el procesado tuvo garantizado todos sus derechos fundamentales, que los ejerció conjuntamente con su abogado en la fase de juzgamiento correspondiente; en consecuencia, en lo sucesivo las consideraciones expuestas por este Supremo Tribunal deberán ser tomadas en cuenta por las Salas Penales de las Cortes Superiores de Justicia de nuestro país como Precedente Vinculante normativo, conforme al artículo trescientos uno-A del Código de Procedimientos Penales, incorporado por el artículo dos del Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve.

La lectura de sentencia es un acto meramente final de comunicación de la decisión del tribunal

DECISIÓN

Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la resolución de fecha veinticinco de julio del dos mil once, con fojas cuarenta y siete, que declaró quebrado el juicio oral y sin efecto los actas de su propósito, así como revocó el extremo del auto de apertura de instrucción de fecha veintiuno de agosto del dos mil siete, en cuanto dictó mandato de comparecencia y reformándola dictaron mandato de detención contra su persona; con los demás que contiene; derivado del proceso que se le sigue por el delito contra la libertad-violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor identificada con las iniciales E.M.T.S.; **DISPUSIERON** que lo anotado en el cuarto considerando de la presente ejecutoria suprema constituya Precedente Vinculante normativo; **MANDARON** que lo presente resolución sea publicada en el diario oficial *El Peruano*; y, los devolvieron. Interviniendo los señores jueces supremos Santa María Morillo y Tello Gilardi, por licencia e impedimento de los señores jueces supremos Salas Arenas y Pariona Pastrana.

S.S.

VILLA STEIN / RODRÍGUEZ TINEO / NEYRA FLORES / TELLO GIRLARDI / SANTA MARÍA MORILLO

SECCIÓN CUARTA
La impugnación

CAPÍTULO I
Preceptos generales

1.
CASACIÓN N.º 300-2014-LIMA
ALCANCES INTERPRETATIVOS DE LA NORMA QUE REGULA LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL REVISOR Y LA CAPACIDAD NULIFICANTE

Casación	**N.º 300-2014- Lima**
Fecha	13.11.2014
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponente	Josúe Pariona Pastrana
Tema	Alcances interpretativos de la norma que regula la competencia del tribunal revisor y la capacidad nulificante.
Doctrina jurisprudencial	ff. jj. n.os 8-17
Concordancia	Código Procesal Penal: arts. 150, 154, 347, 348 y 409
SUMILLA: El Tribunal Superior extralimitó los alcances de su pronunciamiento utilizando su capacidad nulificante para anular resoluciones que no fueron objeto de impugnación y que tenían la calidad de firmes, introduciendo puntos que no fueron materia de controversia.	

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 300-2014
LIMA

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, trece de noviembre de dos mil catorce

VISTOS; en audiencia pública, el recurso de casación por la causal para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, interpuesto por la defensa del procesado Juan Luis ZEVALLOS BARREDA; contra la resolución de vista número nueve, del cuatro de octubre de dos mil trece, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, la misma que declaró la nulidad de la resolución apelada número catorce, del trece de junio de dos mil trece, que declaró

fundado el pedido de sobreseimiento formulado por el Ministerio Público a favor de Giancarlo Miguel Cano Llerena, Antonio Álvarez Díaz y Juan Luis Zevallos Barreda, en la investigación que se les seguía por la presunta comisión de los delitos de Cohecho pasivo propio y Supresión u Ocultamiento de documentos, al primero y como instigadores del delito de Cohecho activo Genérico y Supresión u ocultamiento de documentos; asimismo, dispuso la nulidad de las resoluciones número ocho y once, del quince de abril y veintiocho de mayo de dos mil trece, respectivamente, además, declararon dejar sin efectos legales los dictámenes fiscales superiores número cuarenta y dos y cincuenta guión dos mil trece. Interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana.

I. ITINERARIO DEL PROCESO

1.1. Luego de concluida la Investigación Preparatoria, la Segunda Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios [fojas dos], formuló requerimiento de sobreseimiento contra Mario Javier Calle Cama, por delito de cohecho activo genérico y supresión u ocultamiento de documentos; Giancarlo Miguel Cano Llerena, por delito de cohecho pasivo propio y supresión u ocultamiento de documentos; Antonio Álvarez Díaz y Juan Luis Zevallos Barreda, por delito de cohecho pasivo genérico y supresión u ocultamiento de documentos.

1.2. La Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción formuló oposición contra el requerimiento de sobreseimiento, y luego de celebrada la audiencia de control correspondiente [fojas setenta y siete], se dictó la resolución número ocho, del quince de abril de dos mil trece [fojas ochenta cuatro], declarando fundada la oposición, disponiendo la elevación de los actuados al Fiscal Superior para que emita la disposición correspondiente, dejando claro en el fundamento veintidós que el extremo de su discrepancia con el dictamen fiscal Provincial radica con respecto a la inexistencia de indicios necesarios para proceder al enjuiciamiento del encausado Mario Javier Calle Cama, referido al primer hecho consistente en haber ofrecido al servidor Christian Omar Rayme Ruiz una suma de dinero a efectos de que éste no presente el escrito de subsanación de la demanda interpuesta por la Procuraduría de la SUNAT contra el Tribunal Fiscal ante la Sala Contenciosa Administrativa respectiva.

1.3. Al recibir el señor Fiscal Superior la discrepancia judicial, procedió emitir el dictamen número cuarenta y dos guión dos mil trece guión tercera FSEDCF [fojas ciento tres], pronunciándose no solo por el encausado Calle Cama, sino también porque se rectifique el requerimiento de sobreseimiento contra los encausados Cano Llerena, Álvarez Díaz y Zevallos Barreda.

1.4. Ante el pronunciamiento del Fiscal Superior, se emitió la resolución número nueve [fojas ciento nueve], y se remitieron los actuados a la Coordinación de

Fiscales Provinciales para que formulen el requerimiento de acusación conforme a los términos de la Fiscalía Superior, ante lo cual procedió a deducir la nulidad de la precitada resolución judicial, y el Juzgado emitió la resolución número once [fojas ciento veintitrés], declarando fundada la nulidad planteada, disponiendo se devuelvan los actuados a Fiscalía Superior, para que se pronuncie en el extremo materia de consulta; sin embargo, el Ministerio Público emitió el dictamen número cincuenta guión trece guión Tercer FSEDCF [fojas ciento cincuenta], manteniendo su inicial posición.

1.5. Luego de ello, mediante resolución número catorce [fojas ciento cincuenta y dos], el Juzgado declaró fundado el pedido de sobreseimiento formulado por el Ministerio Público a favor de Giancarlo Miguel Cano Llerena, Antonio Álvarez Díaz y Juan Luis Zevallos Barreda, disponiendo la remisión de los actuados al Fiscal Provincial Coordinador para que distribuya la carpeta fiscal a la Fiscalía competente a efectos de que emita pronunciamiento respecto de Mario Javier Calle Cama.

1.6. Contra la resolución número catorce, la Procuraduría Pública interpone recurso de apelación, solicitando se revoque la resolución la impugnada y se disponga se dé cumplimiento al dictamen superior número cuarenta y dos mil trece emitido por la Tercera Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios; sin embargo, en la audiencia de apelación [fojas trescientos sesenta y cuatro], la Procuradora corrigió su pretensión impugnativa de revocación a la de anulación absoluta, en la cual recayó la resolución de vista [fojas trescientos sesenta y cinco], declarando nula la resolución número catorce, extendiendo el Superior Colegiado su capacidad nulificante a las soluciones ocho y once, además de dejar sin efecto los dictámenes fiscales superiores cuarenta y dos guión trece guión Tercera FSEDCF y cincuenta guión trece guión Tercera FSEDCF.

1.7. Contra la citada resolución de vista de fojas trescientos sesenta y cinco, el recurrente Juan Luis Zevallos Barreda interpuso recurso de casación e invocó el supuesto de casación excepcional que prevé el numeral cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, alegando que el Colegiado utilizó incorrectamente la capacidad nulificante del órgano revisor, al anular las resoluciones número ocho y once, que no habían sido objeto de impugnación y que tenían la calidad de firmes, incluso cuando la resolución número ocho ya había sido objeto de subsanación. Asimismo, resolvió sobre puntos que no fue materia de impugnación, introduciendo temas probatorios, que no fueron discutidos en la audiencia de apelación y contra la voluntad expresa del impugnante.

1.8. Mediante resolución del cuatro de noviembre de dos mil trece, obrante a fojas cuatrocientos treinta y uno, la Sala Penal de Apelaciones declaró inadmisible el recurso de casación, contra dicha resolución denegatoria el recurrente Juan Luis Zevallos Barreda, interpuso recurso queja, que fue tramitado de acuerdo a

su naturaleza y el cual se declaró fundado el recurso, para establecer la capacidad nulificante de la Sala de Apelaciones [fojas cuatrocientos cuarenta y seis], disponiéndose la elevación de los actuados a este Supremo Tribunal.

1.9. Mediante auto de calificación de recurso de casación [fojas setenta y dos, del cuadernillo de casación], se declaró bien concedido el recurso de casación, por la causal de desarrollo de doctrina jurisprudencial respecto a la capacidad nulificante de la Sala Penal de Apelaciones.

1.10. Deliberada la causa en sesión secreta y producida la votación, corresponde dictar sentencia absolviendo el grado, que se leerá en acto público –con las partes que asistan– el día de la fecha.

II. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO

Primero. Conforme se señaló líneas arribas, mediante Ejecutoria Suprema del diecinueve de setiembre de dos mil catorce, obrante a fojas setenta y dos –del cuadernillo de casación–, se admitió a trámite el recurso de casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial. Por consiguiente, el presente recurso tiene por objeto determinar si es necesario o no desarrollar doctrina jurisprudencial a partir de los agravios planteados por la defensa técnica del procesado Juan Luis Zevallos Barreda. Por ende, la decisión de la presente causa deberá versar sobre los siguientes puntos:

A. Precisar y delimitar el alcance interpretativo del artículo cuatrocientos nueve del Código Procesal Penal, respecto a si el Órgano Revisor, al resolver la impugnación, debe pronunciarse o no sobre pretensiones o agravios no invocados por el impugnante en su respectivo recurso.

B. Interpretar si la capacidad nulificante de la instancia de mérito puede o no extenderse, incluso ser declarada de oficio, respecto de resoluciones precedentes que no han sido materia de apelación, y, han sido consentidas por las partes procesales.

Segundo. Determinar si en el caso concreto la resolución impugnada se encuentra conforme o no a los lineamientos establecidos en los dos puntos anteriores, en tres extremos solicitados en el escrito de casación: **i)** En el extremo que por unanimidad, declaró la nulidad de la Resolución número catorce, del trece de junio de dos mil trece, que declaró fundado el pedido de sobreseimiento formulado por el Ministerio Público, a favor, entre otros, del recurrente Juan Luis Zevallos Barreda; **ii)** En el extremo que, por mayoría, declaró la nulidad de la Resolución número ocho, del quince abril de dos mil trece, en el extremo que dispone elevar los actuados para que el Fiscal Superior se pronuncie en la investigación seguida por el Ministerio Público contra Mario Javier Calle Cama y otros: **iii)** En el extremo que, por mayoría, declaró la nulidad de la Resolución número once, del veintiocho de mayo de dos mil trece, que dispuso elevar los actuados a la Tercera

Fiscalía Superior para que emita pronunciamiento solo en el extremo que fuera en consulta.

III. DELIMITACIÓN DEL OBJETO FÁCTICO

Tercero. El quince abril de dos mil trece, el Juez del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Lima, como consecuencia de la audiencia pública de requerimiento de sobreseimiento, emitió el auto de elevación en consulta al Fiscal Superior (Resolución número ocho) de la investigación seguida en contra de los procesados Juan Luis Zevallos Barreda y otros, como presuntos instigadores de los delitos de Cohecho activo genérico y Supresión u Ocultamiento de documentos, en agravio del Estado.

En su considerando vigésimo segundo, fija el objeto de discrepancia con la disposición fiscal de primera instancia:

"En el sentido antes expuesto, es necesario expresar nuestra disconformidad con lo opinado por el señor fiscal respecto o la inexistencia de indicios necesarios para proceder al enjuiciamiento de la persona de Mario Javier Calle Cama, como presunto autor de los delitos de Cohecho Activo Genérico referido al hecho de haber ofrecido al servidor Christian Omar Rayme Ruiz una suma de dinero a efectos que éste no presente el escrito de subsanación de la demanda interpuesta por la Procuraduría de la SUNAT en contra del Tribunal Fiscal ante la Sala Contenciosa Administrativa respectiva."

La mencionada resolución judicial, en su segundo punto resolutorio, dispone:

"La ELEVACIÓN de los actuados en la investigación seguida por el Ministerio Público en contra de Mario Javier Calle Cama como presunto autor del delito de Cohecho Activo Genérico, y corno presunto instigador del delito de Supresión u Ocultamiento de Documentos; contra Giancarlo Miguel Cano Llerena como presunto autor de los delitos de Cohecho Pasivo Propio y Supresión u Ocultamiento de Documentos; y contra Antonio Álvarez Díaz y Juan Luis Zevallos Barreda, como presuntos instigadores de los delitos de Cohecho Activo Genérico y Supresión u Ocultamiento de Documentos, en agravio del Estado, para que el señor Fiscal Superior se pronuncie (SIC) conforme a sus atribuciones."

Cuarto. El diecisiete de mayo de dos mil trece, se emitió el Dictamen número cuarenta y dos guión trece guión Tercera FSEDCF, por parte de la Tercera Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios. En el referido dictamen fiscal en la parte considerativa, se aprecia que se hizo referencia expresa a extremos que no habían sido objeto de discrepancia por el juez de la investigación preparatoria, no obstante, que la discrepancia judicial era por la aprobación o desaprobación del requerimiento fiscal de sobreseimiento del imputado Calle Cama y en relación al primer hecho, ya que respecto a los coimputados Giancarlos

Miguel Cano Llerena, Antonio Álvarez Díaz y Juan Luis Zevallos Barreda, el Juzgado se reservó el pronunciamiento hasta que retornarán los actuados de la Fiscalía Superior; sin embargo, sin respetar lo señalado en la parte considerativa del auto de consulta, el Ministerio Público extiende el pronunciamiento sobre los demás citados imputados, concluyendo lo siguiente:

"Por los fundamentos expuestos, lo suscrita en mérito a las facultades conferidas por la Constitución Política, el Decreto Legislativo N.º 052 - Ley Orgánica del Ministerio Público RECTIFICA el requerimiento de Sobreseimiento formulado por la Segunda Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de funcionarios, de la investigación preparatoria contra Mario Javier Calle Cama, como presunto autor del delito de Cohecho activo Genérico y como presunto autor del delito de Supresión u Ocultamiento de Documentos; contra Giancarlo Miguel Cano Llerena como presunto autor de los delitos de Cohecho Pasivo Propio y Supresión u Ocultamiento de Documentos, en agravio del Estado; y contra Antonio Álvarez Díaz y Juan Luis Zevallos Barreda, como presuntos instigadores de los delitos de Cohecho Activo Genérico y Supresión u Ocultamiento de Documentos, en agravio del Estado. Por lo que ORDENA a otro Fiscal (que deberá ser designado con el Coordinaron (SIC) a cargo) a fin que formule el Requerimiento de Acusación Correspondiente".

Quinto. Luego, se emitió la Resolución número nueve, disponiendo que los actuados se remitan a la Coordinación de la Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, a fin de que se cumpla a lo ordenado por la Fiscalía Superior y formulen el Requerimiento de Acusación correspondiente, pero el Juzgado al verificar que ello transgredía el sentido de su pronunciamiento y que fue materia de consulta mediante resolución número once, subsanó el defecto de congruencia que existía en la parte resolutiva de la citada resolución, y declaró la nulidad de la Resolución número nueve, señalando lo siguiente:

"En el sentido antes expuesto corresponde declarar la Nulidad de la Resolución N.º 09 emitida por esta judicatura el 23 de mayo de 2013, y reponiendo la causa al estado en que se encontraba antes de ocurrir el vicio procesal, debe DEVOLVERSE los presentes actuados, a efectos que la fiscalía superior circunscriba su pronunciamiento a lo que fue materia de discrepancia de la judicatura y que se encuentra limitada a la actuación de la persona de Mario Javier Calle Cama como presunto autor del delito de Cohecho Activo Genérico, y como presunto instigador del delito de Supresión u Ocultamiento de Documentos".

Sexto. Ante la negativa de subsanación por parte del Fiscal Superior, el Juzgado emitió la Resolución número catorce, declarando fundado el pedido de sobreseimiento formulado por el Fiscal Provincial, a favor de Giancarlo Miguel Cano Llerena, Antonio Álvarez Díaz y Juan Luis Zevallos Barreda, por los delitos imputados en su contra, señalando que se remitan los actuados al Fiscal Provincial Coordinador, para que emita un pronunciamiento sobre el extremo de la persona

de Mario Javier Calle Cama, como autor del delito de Cohecho Activo Genérico, y cómo presunto instigador del delito de Supresión u Ocultamiento de documentos.

Sétimo. A través de la resolución de vista impugnada del cuatro de octubre de dos mil trece, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte superior de Justicia de Lima, determinó lo siguiente:

1. Declaró la nulidad de la resolución número catorce.

2. Declaró la nulidad de la resolución número ocho, dejando como subsistente solo el extremo que dispuso elevar los actuados para que el Fiscal Superior se pronuncie respecto de Mario Javier Calle Cama.

3. Declaró que carece de efectos procesales el Dictamen número cuarenta y dos guión trece guión Tercera FSEDCF, salvo el extremo en el que rectifica el requerimiento acusatorio respecto de Mario Javier Calle Cama.

4. Declaró que carece de efectos legales el Dictamen número cincuenta guión trece guión Tercera FSEDCF, salvo el extremo que se dispuso se ponga en conocimiento del órgano de control disciplinario la actuación del juez de la investigación preparatoria.

5. Devolver los actuados al Primer juzgado de Investigación Preparatoria, a fin de que convoque a audiencia de control de requerimiento de sobreseimiento. Asimismo, que se continúe con el requerimiento de la acusación en contra del imputado Calle Cama, sobre el primer hecho.

6. Declarar la nulidad de la Resolución número once, del veintiocho de mayo de dos mil trece, en el extremo que dispuso elevar los actuados a la Tercera Fiscalía Superior Penal. Manteniendo sus efectos en el extremo que declara fundada la nulidad planteada y en consecuencia nula la Resolución número nueve.

7. Recomendar que el juez de la investigación preparatoria, cumpla con mayor celo sus funciones.

IV. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

Octavo. Alcance interpretativo del art. 409 del Código Procesal Penal, específicamente del pronunciamiento sobre pretensiones no invocadas por el impugnante.

El art. 409 del Código Procesal Penal dispone lo siguiente:

"Artículo 409 Competencia del Tribunal Revisor.

1. La impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como

para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante.

2. Los errores de derecho en la fundamentación de la decisión recurrida que no hayan influido en la parte resolutiva no la anulará, pero serán corregidos. De igual manera se procederá en los casos de error material en la denominación o el cómputo de las penas.

3. La impugnación del Ministerio Público permitirá revocar o modificar la resolución aún a favor del imputado. La impugnación interpuesta exclusivamente por el imputado no permite modificación en su perjuicio."

Competencias del Tribunal Revisor

Noveno. La mencionada disposición delimita el ámbito de alcance del pronunciamiento del Tribunal Revisor. La regla general ha sido establecido en el numeral 1, según ella el Tribunal Revisor sólo podrá resolver la materia impugnada. Dicha regla se basa en el principio de congruencia. Este principio determina que exista una correlación directa entre el ámbito de resolución de segunda instancia y el objeto de la apelación planteado por las partes.

Regla general

Décimo. De esta forma, el objeto de la apelación determina el ámbito de actuación del Tribunal Revisor, el cual –en principio– debe limitarse sólo a los extremos que han sido materia de impugnación.

Objeto de la apelación

Décimo Primero. La razón por la que se estableció esta regla obedece a no afectar dos garantías básicas del proceso penal. La primera es el derecho a la defensa, pues si el Tribunal Revisor podría modificar, sea juramentando o retirando parte de los actos procesales no impugnados, podría dejar en indefensión a una de las partes que no ha podido plantear sus argumentos antes de que el pronunciamiento sea emitido. La segunda es el derecho a la seguridad jurídica, pues podría tratarse de afectar resoluciones que tienen el carácter de consentidas, lo que resultaría sumamente lesivo para esta institución.

Derecho de defensa

Derecho de la seguridad jurídica

Décimo Segundo. La presente regla general tiene dos grandes excepciones. La primera, dispuesta por el mismo artículo cuatrocientos nueve en la segunda parte de su numeral 1, es que se trate de actos procesales que tengan vicios que conlleven a una nulidad absoluta. La segunda es la declaratoria de nulidad de actos procesales conexos al objeto de impugnación. Ambos serán tratados en la siguiente sección.

Excepciones a la regla general

V. DETERMINACIÓN DE LA CAPACIDAD NULIFICANTE DE LA INSTANCIA DE MÉRITO Y SU ÁMBITO DE EXTENSIÓN

Décimo Tercero. El mismo artículo cuatrocientos nueve, en la segunda parte de su numeral primero, establece la excepción a la regla general antes mencionada. Esta excepción dispone que –incluso cuando no hubiere sido advertido por el impugnante– el Tribunal Revisor puede pronunciarse sobre puntos distintos al objeto de impugnación, si se tratase de nulidades absolutas o sustanciales.

Capacidad excepcional del Tribunal revisor

Décimo Cuarto. La nulidad de un acto procesal implica que el mismo se encontraba viciado y por tanto debía dejar de existir en el ordenamiento jurídico. En atención a la gravedad de la causal de nulidad es que se puede hablar de nulidades absolutas y de nulidades relativas. La diferencia entre ambos tipos radica en la gravedad del vicio que de origen a la nulidad. Si se tratara de vicios leves, los cuales naturalmente podrían ser susceptibles de convalidación, entonces nos encontramos frente a una nulidad relativa. Por el contrario, si nos hayamos frente a vicios muy graves, entonces nos encontraremos frente a la nulidad absoluta. El Código Procesal Penal define qué es una nulidad absoluta en su artículo ciento cincuenta en los siguientes términos:

Diferencia entre nulidad absoluta y nulidad relativa

"No será necesaria la solicitud de nulidad de algún sujeto procesal y podrán ser declarados aún de oficio, los defectos concernientes:

a) A la intervención, asistencia y representación del imputado o de la ausencia de su defensor en los casos en que es obligatoria su presencia; **b)** Al nombramiento, capacidad y constitución de Jueces o Salas; **c)** A la promoción de la acción penal, y a la participación del Ministerio Público en las actuaciones procesales que requieran su intervención obligatoria; **d)** A la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución".

Regulación de la nulidad absoluta

El criterio seguido en esta definición es que la protección de los derechos documentales es parte de la esencia del ordenamiento jurídico y por tanto, labor del Magistrado. Entonces podemos señalar que una grave afectación a los mismos será entendible como un vicio grave que acarreé nulidad del acto procesal que la originó.

Relevancia de la protección de los derechos documentales

Décimo Quinto. El Magistrado del Tribunal Revisor tiene la capacidad para declarar, de oficio, una nulidad absoluta, incluso cuando la misma no sea parte del ámbito de impugnación, pues este tipo de nulidad quede conllevar a que otros actos procesales puedan ser viciados al ampararse en ella. Por tanto, y también atendiendo al rol de garante que cumple el Magistrado al interior del proceso penal, él se encuentra facultado normativamente a intervenir en estos casos.

Facultad para declarar de oficio la nulidad absoluta

Décimo Sexto. La segunda excepción, estrechamente vinculada al caso de las nulidades absolutas, es la competencia del Tribunal para pronunciarse sobre aquellos actos procesales que no formaron parte de la impugnación presentada. Desde nuestra perspectiva, es posible un pronunciamiento del Tribunal Revisor, más allá del objeto de impugnación, si es que se tratara de una declaratoria de nulidad de oficio, y, existiesen actos procesales vinculados al acto procesal declarado nulo, los cuales –consecuentemente– también deben ser declarados nulos, por más de que estos últimos no formen parte del objeto de la impugnación.

Pronunciamientos del Tribunal revisor

Décimo Sétimo. La competencia establecida en el párrafo anterior proviene del artículo ciento cincuenta y cuatro del Código Procesal Penal, el cual señala que:

Regulación de los efectos de nulidad

> **"Artículo 154. Efectos de la nulidad.**
>
> **1.** La nulidad de un acto anula todos los efectos o actos consecutivos que dependen de él. El Juez precisará los actos dependientes que son anulados."

Por tanto, queda absolutamente claro que el Tribunal Revisor que declare nulidad de un acto procesal, puede declarar la nulidad procesal de los ilícitos procesales que dependieran de él, pues estos últimos le deben su existencia al primero.

VI. ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS ANTES ESBOZADOS EN EL CASO CONCRETO

Décimo Octavo. Sobre la base de los fundamentos antes mencionados, es necesario determinar si la Resolución emitida por el Tribunal Superior se ajusta o no a los criterios esbozados en los fundamentos jurídicos precedentes, específicamente sobre los puntos señalados por la defensa técnica del procesado Zevallos Barreda.

Décimo Noveno. El primer paso es delimitar el objeto de impugnación, pues este determinó la competencia del Tribunal Revisor en el caso concreto. Al respecto, podemos observar que fue el representante de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción, quien limitó su impugnación a la Resolución número catorce, emitida por el Juzgado de Investigación Preparatoria, que declaró fundado el pedido de sobreseimiento formulado por el Ministerio Público a favor de Giancarlo Miguel Cano Llerena, Antonio Álvarez Díaz y Juan Luis Zevallos Barreda. En efecto, la Procuraduría Pública señaló que la resolución impugnada vulnera el principio acusatorio, pues sólo toma

en cuenta el sobreseimiento que formuló el Fiscal Provincial, obviando que el Fiscal Superior rectifica el requerimiento de sobreseimiento y ordena la remisión de los actuados para que un nuevo Fiscal Provincial formule la acusación correspondiente, por ello solicitó que se revoque la resolución impugnada y disponga se dé cumplimiento a lo dispuesto por la Fiscalía Superior. Por tanto, el ámbito de pronunciamiento del Tribunal Revisor, en principio, sólo se encontraba limitado a realizar un control de la precitada decisión judicial del Juez de primera instancia expresada en esta Resolución.

Vigésimo. El Tribunal Revisor no tenía competencia para pronunciarse sobre otros aspectos del proceso penal, con fundamentos totalmente ajenos sobre lo que era materia controvertida contenida en el recurso de apelación de la Procuraduría, salvo que se tratara de nulidades de oficio y –en caso de haberlas declarado– actos procesales vinculados a ellas, que no es el caso de autos, al no tratarse de un supuesto de nulidad absoluta, toda vez que, la resolución número ocho, fue subsanada mediante la resolución número once, ninguna de las cuales fueron objeto de impugnación y por ende adquirieron la calidad de firmes.

Vigésimo Primero. Con respecto a la declaración de nulidad de la Resolución número ocho, la Sala Superior, correctamente, considera que se trata de una resolución incongruente, pues efectivamente en la parte resolutiva emite un pronunciamiento contra imputados sobre los cuales no había emitido un pronunciamiento en la parte considerativa. En este auto de elevación en consulta, el Magistrado sólo –debido a la fundamentación esgrimida– debió emitir el auto mencionado, y, paralelamente, debió emitir el auto de sobreseimiento contra el resto de acusados, pues no discrepaba con el pronunciamiento del Ministerio Público, caso contrario hubiera expresado ello en la parte considerativa de la resolución comentada.

Vigésimo Segundo. Es necesario recordar que el juez de la investigación preparatoria, ante el pedido de la defensa técnica, declaró la nulidad de su propia resolución número ocho, lo cual plasmó en la Resolución número once, y, posteriormente, a través de la Resolución número catorce, procedió a emitir el auto de sobreseimiento contra el resto de procesados. Con esta actuación el Magistrado, tácitamente, declaró nulo el acto procesal emitido por su despacho, en el extremo que dispuso la elevación de los actuados contra todos los procesados, manteniéndose en el criterio de que la discrepancia judicial era sólo con respecto al procesado Calle Cama. Por tanto, el Tribunal Revisor no podía emitir un pronunciamiento declarando la nulidad de este acto procesal, cuando

el mismo ya había sido declarado por el propio juez de la investigación preparatoria.

Vigésimo tercero. En lo referente a la Resolución número once, el Tribunal Revisor consideró que se trata de una resolución incongruente. Dicha incongruencia se basa en que ordenó que se eleven en consulta los actuados, pero sólo en los extremos discrepados. Vale decir, que se trataría de la discrepancia judicial referida al pedido de sobreseimiento contra el procesado Calle Cama, pero sólo por el primer hecho. Al respecto, en la mencionada resolución el juez de la investigación preparatoria declara fundada la nulidad y declara nulo el extremo viciado de la Resolución número ocho. Por tanto, la misma se refería –en este nuevo escenario– sólo a la intervención del procesado Calle Cama. Por ende, tampoco era necesario declarar la nulidad de la misma.

Vigésimo Cuarto. En relación a la nulidad de la impugnada, esta resolución sí constituye parte directa del objeto de impugnación, por lo que corresponde al Superior Colegiado circunscribirse únicamente al análisis de la resolución impugnada, conforme al principio *tantum apellatum quantum devolutum* derivado del principio de congruencia que orienta la actuación del órgano jurisdiccional, y que implica que al resolver la impugnación el órgano revisor sólo debe pronunciarse sobre aquellas o agravios invocados por el impugnante en el escrito de su propósito ya que se considera que la expresión de agravios es como la acción (pretensión) de la segunda instancia. Por ello, se tiene que el Superior Colegiado se pronunció sobre extremos no impugnados en la apelación, y por tanto se extralimitó en sus funciones, lo cual evidencia la inexistencia de un fallo acorde ni congruente entre lo peticionado en el recurso de apelación interpuesto por la Procuraduría y lo resuelto por la Sala Penal Superior.

Vigésimo Quinto. Finalmente, es necesario señalar sobre el concepto y fines del Sobreseimiento. En nuestro Código el legislador ha previsto el sobreseimiento propiamente dicho, en su modo puro simple, con el efecto conocido: el archivo de la investigación, en el cual señala:

> **"Artículo 347. Auto de sobreseimiento.**
>
> 2. El sobreseimiento tiene carácter definitivo, importa el archivo definitivo de la causa con relación al imputado en cuyo favor se dicte y tiene lo autoridad de cosa juzgada. En dicha resolución se levantarán las medidas coercitivas, personales y reales, que se hubieren expedido contra la persona o bienes del imputado."

También se ha previsto el sobreseimiento total, respecto de todos los delitos y todos los imputados; y el sobreseimiento parcial, respecto a unos delitos y/o algunos imputados, en la cual se señala:

> **"Artículo 347. Auto de sobreseimiento.**
>
> [...]
>
> **2.** El sobreseimiento tiene carácter definitivo, importa el archivo definitivo de la causa con relación al imputado cuyo favor se dicte y tiene la autoridad de cosa juzgada. En dicha resolución se levantarán las medidas coercitivas, personales y reales, que se hubieren expedido contra la persona o bienes del imputado."

Sobreseimiento total y parcial

También se ha previsto el sobreseimiento total, respecto de todos los delitos y todos los imputados; y el sobreseimiento parcial, respecto a algunos delitos y/o algunos imputados, en la cual se señala:

> **"Artículo 348. Sobreseimiento total y parcial.**
>
> [...]
>
> **1.** El sobreseimiento será total cuando comprende todos los delitos y a todos los imputados; y parcial cuando solo se circunscribe a algún delito o algún imputado, de los varios que son materia de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria."

Se trata de un mecanismo de conclusión del proceso que tiene como finalidad el archivamiento de la causa que fue declarado fundado por el Juzgado de Investigación Preparatoria y consentida por las partes procesales, no obstante el fallo de la Sala Penal Superior transcendió a resoluciones que no fueron objeto de controversia oportunamente, al extender los alcances de su pronunciamiento utilizando su capacidad nulificante para anular resoluciones que no habían sido objeto de impugnación y que tenían la calidad de firmes, introduciendo en la resolución impugnada puntos que no fueron materia de controversia; por lo que dentro del marco de la ley se debe proceder a casar la sentencia de vista.

DECISIÓN

I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la defensa del procesado Juan Luis Zevallos Barreda fijando como doctrina jurisprudencial los

fundamentos jurídicos octavo al décimo sétimo de la presente resolución; en consecuencia:

II. CASARON la resolución de vista número nueve, del cuatro de octubre de dos mil trece, obrante a fojas trescientos sesenta y cinco.

III. Actuando como órgano de instancia, **CONFIRMARON** la resolución de primera instancia que declaró fundado el sobreseimiento a favor de Giancarlo Miguel Cano Llerena, Antonio Álvarez Díaz y Juan Luis Zevallos Barreda, en la investigación que se les sigue por la presunta comisión de los delitos de cohecho pasivo propio y supresión u ocultamiento de documentos, al primero, y como instigadores del delito de cohecho activo genérico y supresión u ocultamiento de documentos, los dos últimos, y dispone remitir los autos al fiscal provincial coordinador para que distribuya la carpeta fiscal a la fiscalía competente a efectos que emita pronunciamiento respecto a la persona de Mario Javier Calle Cama como presunto autor del delito de cohecho activo genérico y de Supresión u ocultamiento de documentos.

IV. Dejamos subsistente las resoluciones número ocho y once, e insubsistentes los dictámenes fiscales números cuarenta y dos y cincuenta guión dos mil trece, por sustracción de la materia.

V. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen: y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema. Interviene el señor Juez Supremo Morales Parraguez por licencia del señor Juez Supremo Villa Stein.

S.S.
PARIONA PASTRANA /BARRIOS ALVARADO /NEYRA FLORES /MORALES PARRAGUEZ / CEVALLOS VEGAS

CAPÍTULO II

Los recursos

1.
RECURSO DE NULIDAD N.° 302-2012-HUANCAVELICA
EL PLAZO DE FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE NULIDAD CORRE DESDE EL DÍA SIGUIENTE DE SU INTERPOSICIÓN

Recurso de Nulidad	**N.° 302-2012-Huancavelica**
Fecha:	14.02.2013
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponentes	Josué Pariona Pastrana, Jorge Salas Arenas, Janet Tello Gilardi, Ugo Príncipe Trujillo y Francisco Rozas Escalante
Tema	El plazo de fundamentación del recurso de nulidad corre desde el día siguiente a la interposición del recurso
Precedente vinculante	ff. jj. n.os 4 y 9
Concordancia	Código de Procedimientos Penales: arts. 296, 298, 300.5 y 301-A Código Penal: art. 173.2

SUMILLA:

Al haberse omitido consignar que el voto de la magistrada Tello Gilardi es discordante, es menester aclarar la decisión. [...] al no existir un deber del Tribunal de requerir la fundamentación del recurso de nulidad, entonces queda claro que [...] el plazo que tienen las partes para fundamentar el recurso de nulidad se activa con la sola interposición del mismo, lo cual constituye una carga que tiene un plazo de diez días para ser satisfecha. [...] Este precedente es de aplicación inmediata, en tanto, la regla creada no se avoca a un análisis de una norma sustantiva, sino se trató de una norma procesal. [...] el Tribunal tiene el deber de entregar la sentencia una vez que la misma haya sido leída. [...] El incumplimiento de este deber puede considerarse como una negligencia grave, lo cual deberá ser analizado en cada caso concreto, pudiendo generar responsabilidad funcional [...] cuarto al noveno considerando [...] corresponde que se resuelva sobre el fondo del asunto, en atención a la posición que he asumido en anteriores casos y que reafirmo en el presente, respecto a la aplicación del precedente vinculante establecido en la Ejecutoria suprema recaída en el recurso de nulidad número mil cuatro-dos mil cinco-Huancavelica del veinticinco de mayo del dos mil cinco, que fija como criterio de carácter estable con efecto normativo, que el plazo de fundamentación del recurso de nulidad interpuesto por escrito y luego de culminado el juicio oral, debe contarse desde el día siguiente de la notificación del requerimiento con tal finalidad.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N.° 302-2012
HUANCAVELICA

Lima, ocho de julio de dos mil trece.

AUTOS y VISTOS

ATENDIENDO

Primero: Que, la Ejecutoria suprema del catorce de febrero del dos mil trece ha sido emitida con votos de los señores jueces supremos Pariona Pastrana, Salas Arenas, Príncipe Trujillo y Rozas Escalante, en el sentido que se declare NULO el concesorio e improcedente por extemporáneo el recurso de nulidad; deja sin efecto la jurisprudencia con carácter vinculante recaída en el recurso de nulidad número mil cuatro guion dos mil cinco, en consecuencia establece como nuevo precedente vinculante lo estipulado desde el cuarto hasta el noveno fundamento jurídico, y voto de la jueza suprema señora Tello Gilardi —*que debe entenderse como voto discordante*—; que en tal virtud, existiendo cuatro votos conformes se ha formado resolución —*en mayoría*—, conforme a lo establecido por el artículo ciento cuarenta y uno, primer párrafo del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial y por el artículo doscientos noventa y seis del Código de Procedimientos Penales.

Segundo: Que, no obstante ello, de conformidad con lo dispuesto por el artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales, al haberse omitido consignar que el voto de la magistrada Tello Gilardi es discordante, es menester aclarar la decisión.

Tercero: De otro lado, existiendo otra Sala Penal Suprema es necesario convocar un Pleno, de conformidad con lo establecido por el artículo trescientos uno-A del Código de Procedimientos Penales.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. ACLARARON la Ejecutoría suprema del catorce de febrero del dos mil trece y establecieron que se trata de una resolución expedida en mayoría.

II. MANDARON: Se agregue copia certificada de la presente resolución al expediente principal y el original al cuadernillo formado ante esta instancia suprema.

III. DISPUSIERON: Se publique la presente resolución conforme está ordenado.

IV. CONVOCARON inmediatamente al Pleno de los Jueces de lo Penai de la Corte Suprema para dictar una sentencia plenaria, cursándose los oficios y notificaciones correspondientes.

S. S.

VILLA STEIN / PARIONA PASTRANA / SALAS ARENAS / BARRIOS ALVARADO / TELLO GILARDI

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N.° 302-2012
HUANCAVELICA

Lima, catorce de febrero de dos mil trece.

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por la defensa del encausado Timoteo Laurente Condori contra la sentencia de fojas doscientos setenta, del veintidós de noviembre del dos mil once; interviniendo como ponente el señor juez supremo Pariona Pastrana, con lo expuesto en el dictamen emitido por la señora fiscal adjunta suprema en lo Penal.

CONSIDERANDO

Primero: Delimitación del problema jurídico

Que, si bien el inciso sexto del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, preceptúa como garantía del debido proceso, la pluralidad de instancia en cualquier proceso **jurisdiccional o administrativo; también lo es, que la normatividad** legal que regula estos procesos, establecen plazos perentorios para que este derecho pueda ser ejercido; en ese sentido, corresponde a este Supremo Tribunal advertir si el recurso de nulidad interpuesto por la defensa del encausado Timoteo Laurente Condori se presentó y fundamentó oportunamente.

Garantía de pluralidad de instancia y plazos perentorios

Segundo: Delimitación de la norma procesal sujeta a interpretación

Que, el plazo de fundamentación del recurso de nulidad se establece en el inciso cinco del artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales, cuyo tenor literal es el 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* [...]".

Plazo de fundamentación del recurso de nulidad

Tercero: Interpretaciones de la norma procesal penal

Que, la norma no establece expresamente el momento como debe iniciarse el cómputo del plazo de fundamentación del recurso de nulidad, existiendo al respecto diversas interpretaciones en torno a ello: **a)** La primera interpretación, considera que el plazo de fundamentación debe iniciarse desde el momento en el cual el órgano jurisdiccional admitió el recurso de nulidad, y, requirió al impugnante

la fundamentación del mencionado recurso. En este sentido, existe jurisprudencia con carácter vinculante recaído en el recurso de nulidad número mil cuatro guion dos mil cinco guion Huancavelica, del veinticinco de mayo del dos mil cinco, estableciendo que: "[...] el plazo de diez días a que hace referencia el apartado cinco del artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve, corre desde el día siguiente de la notificación de la resolución de requerimiento para su fundamentación —en caso el recurso se interponga por escrito, fuera del acto oral—, oportunidad a partir de la cual el impugnante tiene certeza de la viabilidad inicial o preliminar del recurso que interpuso; que aun cuando en anteriores decisiones este Supremo Tribunal estimó que el plazo para la fundamentación o formalización del recurso corría desde el día, o al día siguiente, de la interposición del recurso, es piel caso fijar con carácter estable y de precedente vinculante, con arreglo a lo dispuesto por el apartado uno del artículo trescientos uno guion A, del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve, el criterio que ahora se enuncia; que a lo expuesto en el considerando anterior; seguridad o certeza u respecto a la viabilidad inicial o preliminar del recurso interpuesto, les de añadir no solo que el apartado cinco de la disposición antes referida no estipula taxativamente el criterio anteriormente enunciado: transcurso del plazo sin atender al decreto del Tribunal mediante el cual se requiere al impugnante la fundamentación del recurso interpuesto, sino que también se trata de una norma que integra el derecho al recurso legalmente previsto, el cual forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional reconocido por el inciso tres del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución, en cuya virtud es menester adoptar el criterio jurisprudencial más favorable a la viabilidad, ejercicio y eficacia de la admisibilidad de la impugnación, esto es, realizar una lectura flexible y amplia de la legalidad en orden al derecho al recurso [...]" **(cursivas originales)**.

Plazo de fundamentación del recurso de nulidad

Cuarto: Que, analizando la anterior Ejecutoria suprema podemos observar que ella centra sus argumentos en dos puntos. En primer lugar, considera que la norma no expresa taxativamente que el cómputo del plazo comience, desde el día siguiente de la interposición del recurso de nulidad. En segundo lugar, considera que se debe adoptar el criterio jurisprudencial más favorable a la viabilidad, ejercicio y eficacia de la admisibilidad de la impugnación, conforme se desprendería del derecho a la tutela jurisdiccional que se deriva del numeral tercero del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado. Los argumentos antes expuestos carecen de fundamentación, lo que hace que

de plano deba rechazárselos. Efectivamente, la norma procesal no señala cuál es el momento que marca el inicio del plazo para fundamentar el recurso de nulidad. Esta omisión en la norma no puede ser usada como un argumento central para establecer que una determinada postura deba ser asumida, debiéndose obviar la otra. El efecto de esta omisión para el intérprete es que él deberá, mediante alguna técnica de interpretación, establecer dicha fecha. Por ello, este argumento carece de fuerza suficiente para ser tomado en consideración. En lo referente al segundo punto, podemos señalar que el numeral tercero del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución, efectivamente prevé el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, y, a su vez prevé el derecho al recurso; sin embargo, la mencionada norma no hace referencia directa o implícita al contenido que se menciona en la ejecutoria referida (*el criterio jurisprudencial más favorable a la viabilidad, ejercicio y eficacia de la admisibilidad de la impugnación*). La existencia del mencionado criterio puede derivarse de la norma antes mencionada, pero el razonamiento por el que se considera que debe producirse esta derivación ha de estar especialmente motivado en la Ejecutoria antes acotada, lo cual ha sido claramente omitido. Vale decir, el intérprete debe señalar las razones por las cuales considera que existe este criterio, y por qué razón el mismo es aplicable en la interpretación realizada; situación que implica su revisión.

Inconsistencia en la fundamentación de la argumentación de la anterior jurisprudencia con carácter vinculante

Quinto: Que, el principal argumento jurídico con el que podría sustentarse este planteamiento —aunque no ha sido invocado en la ejecutoria descrita— es considerar que el Tribunal Superior tiene el deber de notificar a las partes el requerimiento de la fundamentación del recurso de nulidad. Podemos observar que ninguna norma fija la existencia de este deber, por lo tanto, en sentido estricto, no puede considerarse el surgimiento de un deber ahí donde el mismo no ha sido fijado por una norma. Ahondando en el requerimiento podemos observar que este acto jurídico tiene un presupuesto claro: la existencia de un deber jurídico. 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 al no generarse una obligación al recurrente de fundamentar el recurso de nulidad, sino que es una potestad suya realizarla. Esta potestad surge desde el momento en el cual se produce la interposición

Fundamentar el recurso de nulidad no es un deber jurídico, sino una carga procesal

del recurso. Al no ser un deber jurídico, sino tratarse de una carga procesal, entonces no existe ningún deber del Tribunal de requerir la fundamentación al recurrente. La segunda interpretación posible es considerar que el cómputo del plazo para fundamentar el recurso de nulidad comienza desde el momento en que se interpone este medio impugnatorio; la presente interpretación es la asumida por este Supremo Tribunal, toda vez que, al no existir un deber del Tribunal de requerir la fundamentación del recurso de nulidad, entonces queda claro que —*por mandado de la norma procesal (art. 300.5 del Código de Procedimientos Penales, que debe ser interpretado sistemáticamente conjuntamente con los artículos: 289, 294 y 295 del Código de Procedimientos Penales)*— el plazo que tienen las partes para fundamentar el recurso de nulidad se activa con la sola interposición del mismo, lo cual constituye una carga que tiene un plazo de diez días para ser satisfecha.

Supremo Tribunal considera que el plazo para el recurso de nulidad inicia desde el momento de su interposición

Sexto: Que, el Tribunal Constitucional también se pronunció sobre el inicio del cómputo para fundamentar el recurso de nulidad, señalando que si bien los ahora demandantes solicitaron en su oportunidad que el plazo de diez días para la fundamentación de su recurso de nulidad sea computado a partir de la fecha de notificación de la resolución que les concede dicho recurso impugnatorio, dicha solicitud es contraria al artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales; que, conforme a la redacción vigente al momento de interponerse el recurso de nulidad a que se ha hecho referencia, establecía que "El Ministerio Público, el sentenciado y la parte civil deberán fundamentar en un plazo de diez días el recurso de nulidad, en cuyo defecto se declarará inadmisible dicho recurso"; en consecuencia, no puede pretenderse que los escritos presentados tengan efectos habilitantes para el cómputo del plazo legalmente establecido1. Al respecto se puede colegir que, si bien tampoco realiza una mayor fundamentación, considera que el plazo para fundamentar el recurso de nulidad comienza a computarse desde el momento en el cual se interpuso. Que, resulta oportuno resaltar que al tratarse de una sentencia del Tribunal Constitucional, la cual versa sobre una interpretación procesal con efecto abstracto y no concreto, la misma debe ser tomada en consideración para apoyar la postura asumida.

Tribunal Constitucional también considera al momento de la interposición del recurso como inicio del plazo para su fundamentación

Sétimo: Efectos en el tiempo de la presente sentencia

Que, el precedente judicial tiene como objeto fijar una línea de interpretación que pueda perdurar en el tiempo. El principal efecto

1 STC. Exp. N.° 10227-2006-HC/TC, caso Rodríguez Oliva. Fundamento Jurídico N.° 3.

del precedente es la generación de seguridad en el operador jurídico como consecuencia de la previsibilidad de la decisión, en tanto, la resolución del problema jurídico implícitamente trae consigo la creación de una regla para casos estructuralmente similares. La regla fijada en el precedente es el equivalente funcional a una norma emitida por el poder legislativo. Por ende, también es posible aplicar las reglas de interpretación de las normas en el tiempo a una regla fijada a través del precedente, siendo la pauta general la aplicación inmediata de la ley procesal. En este caso, estaríamos frente a la aplicación inmediata de una regla que fija efectos procesales. Aparentemente este razonamiento podría atentar contra los fundamentos del precedente judicial, porque desestabilizaría la seguridad generada por el anterior precedente. Ello es parcialmente correcto, pues efectivamente la aplicación inmediata de una regla a casos anteriores a su vigencia puede traer efectos perjudiciales para la seguridad jurídica; sin embargo, la discusión en torno a este punto ya ha sido decidida por nuestro Tribunal Constitucional, al determinar que: "[...] En el caso de las normas procesales penales rige el principio *tempus regit actum,* cuyo enunciado es que la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolverse el acto. Esto supone la aplicación inmediata de la ley procesal, mas no que a través de ella se regulen actos procesales ya cumplidos con la legislación anterior"2. El efecto generado con la aplicación inmediata de este precedente es la improcedencia de toda fundamentación del recurso de nulidad que no hubiera sido presentada dentro de los diez días de interpuesto el mencionado recurso. Este precedente es de aplicación inmediata, en tanto, la regla creada no se avoca a un análisis de una norma sustantiva, sino se trató de una norma procesal. Por ello, de acuerdo a la señalada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y extrapolando las reglas de aplicación en el tiempo de la norma penal, la regla creada en este precedente será de aplicación inmediata.

La regla creada en este precedente es de aplicación inmediata en el tiempo

Octavo: La notificación de la sentencia penal

Que, la casuística ha demostrado que existen dos problemas el torno a la notificación de la sentencia, los cuales podrían desvirtuar el efecto de la primera sentencia, perjudicando indebidamente a las partes. El primero es la indebida práctica judicial de leer exclusivamente la parte relativa al fallo, obviando los considerandos que sustentan la sentencia. El segundo es la práctica de entregar la sentencia escrita de forma posterior al momento en el cual es leída en la audiencia. El elemento

2 STC. Exp. N.° 2196-2002-HC/TC, caso Saldaña Saldaña. Fundamento Jurídico N.° 8.

común en ambos problemas es la ausencia de una resolución escrita que sea notificada a las partes. La emisión de una resolución escrita es una exigencia derivada de la misma Constitución Política del Estado, establecida en su numeral cinco del artículo ciento treinta y nueve, que señala: "La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan". La *praxis judicial* ha demostrado que las resoluciones judiciales leídas en audiencia pública no son entregadas inmediatamente a las partes. Esta entrega es justificada alegando que la resolución ha de ser mejorada. El principal problema que trae consigo esta demora en cumplir el mandato constitucional es que se impide a las partes poder impugnar debidamente la resolución. El objeto de impugnación tiene que ser de conocimiento de las partes que van a recurrirlo con anterioridad al ejercicio de este derecho. De forma fáctica se cumple este mandato al oralizar la sentencia, pues las partes tienen el conocimiento probable del objeto de impugnación; sin embargo, esta acción limita la posibilidad de impugnarla, ya que el objeto de esta no será la motivación expresada en la audiencia, sino la expresada en la resolución escrita. Los artículos doscientos ochenta y nueve y doscientos noventa y cinco del Código de Procedimientos penales, establecen el plazo para interponer el recurso de nulidad; sin embargo, estos artículos u otros del mencionado cuerpo adjetivo, no mencionan la existencia de un plazo para que el Tribunal entregue la sentencia escrita a las partes. La omisión señalada no es un hecho casual, sino que tiene un sentido claro: el sistema de medios de impugnación del Código no permite que la sentencia sea presentada con posterioridad al momento en el cual es emitida. Por esta razón es que el plazo para interponer el recurso de nulidad, en caso de sentencias, es en el mismo acto oral o en caso de reserva su derecho dentro de las veinticuatro horas posteriores a su lectura, presumiéndose que la resolución leída en audiencia es la misma que será entregada al final.

Problemas por la ausencia de sentencia escrita que se entrega a las partes y plazo de fundamentación del recurso de nulidad

Noveno: Que, del anterior razonamiento se desprende que el Tribunal tiene el deber de entregar la sentencia una vez que la misma haya sido leída. Si bien es cierto, la *praxis* judicial ha demostrado que ello no ha sucedido así, no implica que ello deba ser así, pues la realidad no puede supeditar la vigencia de una norma. Esta *praxis* debe de ser evitada porque afecta directamente al derecho al recurso, el cual forma parte del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. El incumplimiento de este deber puede considerarse como una negligencia grave, lo cual deberá ser analizado en cada caso concreto, pudiendo generar responsabilidad funcional los intervinientes en esta acción.

El tribunal tiene el deber de entregar sentencia en físico luego de la lectura

Décimo: Que, es oportuno precisar que para este Supremo Tribunal es de necesidad palmaria reformar el criterio jurisprudencial, a efectos de optimizar el desarrollo, celeridad y economía procesal del trámite de un proceso penal en estricta concordancia con el principio de legalidad procesal; asimismo, se debe tener en cuenta que los criterios esgrimidos se respalda en la necesidad de que la jurisprudencia responda de modo dinámico a las necesidades de cada tiempo y a nuevos criterios interpretativos, y que por virtud de ello, el derecho procesal no se petrifique; por tanto, conforme al artículo trescientos uno-A del Código de Procedimientos Penales —incorporado por el artículo dos del Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve, del diecisiete de agosto del dos mil cuatro—, lo anotado desde el cuarto al noveno considerando de la presente Ejecutoria suprema, constituye precedente vinculante normativo de cumplimiento obligatorio por los órganos Jurisdiccionales de la República del Perú.

Décimo Primero: Pronunciamiento sobre el recurso de nulidad interpuesto en el caso materia sub-examine.

Que, del acta de lectura de sentencia de fojas doscientos setenta y ocho, del veintidós de noviembre de dos mil once, se advierte que el encausado Laurente Condori, se reservó el derecho a interponer recurso de nulidad; habiendo interpuesto el referido medio impugnativo, ese mismo día, por escrito de fojas doscientos ochenta y cinco, fundamentándolo el veintiocho de diciembre del dos mil once, mediante el escrito de fojas doscientos noventa y tres (es decir, transcurrió más de treinta días, para cumplir con fundamentar su recurso de nulidad) ; consecuentemente, se colige que la fundamentación del recurso de nulidad fue presentado con infracción de la norma procesal penal acotada, significándose que el acto de fundamentación recursal se efectuó fuera del plazo fijado por el numeral cinco del artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales, por tanto, la oportunidad para que su recurso de nulidad sea concedido válidamente se perdió por la propia omisión de la parte procesal recurrente e interesada.

Necesidad de reformar el criterio jurisprudencial vinculante anterior

DECISIÓN

Por estos fundamentos: declararon **NULO** el concesorio de fojas doscientos noventa y ocho, del nueve de enero de dos mil doce; e **IMPROCEDENTE** por extemporáneo el recurso de nulidad interpuesto por la defensa del encausado Timoteo Laurente Condori contra la sentencia de fojas doscientos setenta, del veintidós de noviembre de dos mil once; **DEJARON SIN EFECTO** la jurisprudencia con carácter vinculante recaída en el recurso de nulidad número

mil cuatro guion dos mil cinco guion Huancavelica del veinticinco de mayo de dos mil cinco; en consecuencia, **ESTABLECIERON** como nuevo precedente vinculante lo estipulado desde el cuarto hasta el noveno fundamento jurídico de esta Ejecutoria suprema; **ORDENARON** la publicación de la presente en el diario oficial *El Peruano* y, en el portal del Judicial; y los devolvieron.

S.S.

PARIONA PASTRANA / SALAS ARENAS / TELLO GILARDI / PRÍNCIPE TRUJILLO / ROZAS ESCALANTE

EL VOTO DE LA SEÑORA JUEZA SUPREMA TELLO GILARDI es como sigue:

Lima, catorce de febrero del dos mil trece.

VISTOS: El recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica del encausado Timoteo Laurente Condori contra la sentencia de fojas doscientos setenta, del veintidós de noviembre del dos mil once, que lo condenó como autor del delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor identificada con las iniciales H.R.L.V.; y,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Antes de pronunciamos, es necesario referirnos a las razones por las cuales se procede a resolver el fondo del presente recurso de nulidad, no obstante que la posición mayoritaria considera que ha sido fundamentado fuera del plazo de diez días, al que se refiere el artículo 300 inciso 5 del Código de Procedimientos Penales modificado por Decreto Legislativo N.° 959.

SEGUNDO: De la revisión de autos, se aprecia que si bien es cierto, el procesado recurrente se reservó el derecho a impugnar el fallo condenatorio dictado en audiencia privada el día veintidós de noviembre de dos mil once, según acta de lectura de folios doscientos setenta y ocho, también lo es, que interpuso el recurso de nulidad por escrito, el mismo día ante la Sala Penal, la que le concedió diez días de plazo para fundamentarlo, notificándosele con dicho requerimiento. Así, el recurrente cumplió con presentar sus agravios mediante escrito de fecha veintiocho de diciembre del mismo año, obrante a folios doscientos noventa y fres, dentro del término otorgado y que se cuenta a partir de la notificación judicial realizada con tal finalidad.

Tercero: En tal sentido, corresponde que se resuelva sobre el fondo del asunto, en atención a la posición que he asumido en anteriores casos y que reafirmo en el presente, respecto a la aplicación del precedente vinculante establecido en la Ejecutoria suprema recaída en el recurso de nulidad número mil cuatro-dos mil cinco-Huancavelica del veinticinco de mayo del dos mil cinco, que fija como criterio de carácter estable con efecto normativo, que el plazo de fundamentación del recurso de nulidad interpuesto por escrito y luego de culminado el juicio oral, debe contarse desde el día siguiente de la notificación del requerimiento con tal

finalidad. Asimismo, porque entiendo que si se concedió el plazo para sustentar el cuestionamiento que un sujeto procesal desea formular, se debe continuar con su tramitación al haberse generado una expectativa de acceso a la justicia ante un órgano jurisdiccional revisor —sin perjuicio que la pretensión sea amparada o no—. Lo anterior resulta acorde con la estricta observancia del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Estado.

Cuarto: Además, sin perjuicio de las decisiones expedidas por el Tribunal Constitucional en casos como el expuesto en el voto de la mayoría, al tratarse de un debate jurídico sobre una situación procesal en el ámbito judicial, conviene que cualquier cambio de criterio sea efectuado en un Pleno Jurisdiccional en el cual, se debatan las diferentes posiciones jurídicas que existen sobre el cómputo del plazo de fundamentación del recurso de nulidad, y de este modo adoptar criterios judiciales normativos en orden a la uniformidad de los fallos, así como la certeza y la seguridad jurídica que la comunidad jurídica y la sociedad demandan.

Quinto: En cuanto al fondo, se tiene que, el encausado Timoteo Laurente Condori, en su recurso de nulidad formalizado a folios doscientos noventa y tres, sostiene que el Colegiado, no ha considerado que en todas las etapas del proceso aceptó que sostuvo relaciones sexuales con la menor agraviada, pero que lo hizo con su consentimiento y voluntad, razón por la cual, el número superó las doce veces indicadas por aquella, en consecuencia, se le debe aplicar los alcances del Acuerdo Plenario N.° 4- 2008/CJ- 116 para lograr su absolución.

Sexto: Que, según la acusación fiscal, con fecha veintinueve de enero del dos mil once, personal policial se constituyó a la Quinta Boliviana-Asención-Huancavelica, lugar en el cual encontró a la menor agraviada con iniciales H. R. L. V.; en compañía de Elsa Quispe Vidalón —quien la acogió en su casa—, y su progenitor, quien la había despojado de la ropa a la fuerza, dejándola semidesnuda, ya que no quería regresar a su casa, momento en el cual la niña sindicó a su padre, el encausado, de haberla sometido sexualmente desde el mes de junio del año dos mil ocho, cuando contaba con trece años de edad, aprovechándose de las circunstancias que dormían en la misma vivienda donde residían ubicado en el jirón Alberto Mendoza número trescientos treinta y dos-Huancavelica, luego de lo cual la amenazaba con matarla si contaba lo sucedido, repitiéndose estos hechos hasta en doce oportunidades.

Sétimo: Estos hechos delictivos configuran el delito contra la libertad sexual —violación sexual de menor de edad— sancionado en el artículo 173 inciso 2 del Código Penal, pues la víctima tiene entre diez años y menos de catorce, con la circunstancia agravante prevista en el último párrafo, que establece que si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima, la pena será de cadena perpetua, como es el presente caso, en el que el sindicado es padre de la agraviada.

Octavo: Del análisis de autos, se aprecia que el pronunciamiento condenatorio se dictó al amparo del artículo cinco de la Ley N.° 28122 —que regula el instituto de la conclusión anticipada del debate oral— por cuanto el acusado Laurente Condori —luego de instalarse el juicio oral y haberse fijado los términos de la acusación fiscal— aceptó los cargos formulados en la acusación fiscal de ser el autor del delito de violación sexual en agravio de su menor hija —con la anuencia de su defensa—.

Noveno: En tal sentido, las alegaciones de inocencia que expresa el recurrente carecen de fundamento jurídico, pues en este caso, el ámbito del recurso de nulidad solo podría limitarse a la pena fijada en la sentencia recurrida, lo que no ha sido cuestionado. De otro lado, tampoco podría solicitar su absolución, si como se aprecia de los términos de su recurso de defensa, vuelve a admitir haber sostenido relaciones sexuales con su hija, incluso en un número mayor que las denunciadas, manifestando que se realizaron con su consentimiento, sin considerar que la primera vez ocurrió cuando la niña tenía trece años de edad —partida de nacimiento obrante a folios noventa y dos— por lo que, esa expresión de voluntad sería irrelevante en relación con el bien jurídico protegido que es la indemnidad sexual, cobrando mayor gravedad el hecho, por el vínculo familiar existente entre el agresor y la víctima.

Décimo: En consecuencia, el Colegiado Superior ha tenido en cuenta los criterios y circunstancias señaladas por los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del código sustantivo, y de manera especial el Acuerdo Plenario N.° 5-2008/ CJ-116 del dieciocho de julio del dos mil ocho —alcances de la conclusión anticipada del juicio oral— por lo que le ha impuesto una sanción de pena privativa de la libertad distinta a la cadena perpetua, la misma que considero diminuta, por la naturaleza y gravedad del delito así como por los daños ocasionados a una menor de edad, por parte de aquel quien, por el contrario, tenía la obligación legal de protegerla y que afecta no solo la indemnidad sexual, sino otros derechos fundamentales como la integridad personal y la dignidad de la persona, lo que muchas veces no puede ser reparado. Sin embargo, la sanción no puede ser incrementada en aplicación del principio de la *reformatio in peus,* es decir, que no procede la reforma en peor de los intereses del impugnante. En tal sentido, mi voto es porque se confirme la pena impuesta en la sentencia materia del recurso.

Fundamentos por los cuales, mi voto es porque se: **DECLARE NO HABER NULIDAD** en el extremo de la sentencia de fecha veintidós de noviembre del año dos mil once obrante a folios doscientos setenta, que impuso veintiocho años de pena privativa de libertad a Timoteo Laurente Condori como autor del delito contra la libertad Sexual —violación sexual de menor de catorce años de edad— en agravio de la menor identificada con clave H.R.L.V., pena que con el descuento de la carcelería que viene sufriendo desde el día quince de febrero del año dos mil once, vencerá el catorce de febrero del año dos mil treinta y nueve; con lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.

S. TELLO GILARDI

2.

RECURSO DE NULIDAD N.° 1004-2005-HUANCAVELICA

PLAZO PARA FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO A PARTIR DE LA NOTIFICACIÓN DEL REQUERIMIENTO

Recurso de Nulidad	**N.° 1004-2005-Huancavelica**
Fecha	25.05.2005
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponente	César San Martín Castro
Tema	Plazo para fundamentación del recurso a partir de la notificación del requerimiento
Precedente vinculante	f. j. n.° 3
Concordancia	Código de Procedimientos Penales: arts. 267, 268, 300.5 y 301-A

SUMILLA:

Que es de precisar que el plazo de diez días a que hace referencia el apartado cinco del artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve, corre desde el día siguiente de la notificación de la resolución de requerimiento para su fundamentación —en caso el recurso se interponga por escrito, fuera del acto oral—, oportunidad a partir de la cual el impugnante tiene certeza de la viabilidad inicial o preliminar del recurso que interpuso.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N.° 1004-2005
HUANCAVELICA

Lima, veinticinco de mayo del dos mil cinco.

VISTOS: El recurso de nulidad interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR y por los encausados Hilda GABY COLLADO TELLO, PILAR Esperanza Santoyo Gómez y Félix M. Quispe Anccasi contra la sentencia de fojas cuatro mil seiscientos veintiuno, del catorce de enero del dos mil cinco; con lo expuesto por dictamen de la señora fiscal suprema en lo Penal.

CONSIDERANDO

Primero: Que el señor fiscal superior en su recurso formalizado de fojas cuatro mil seiscientos ochenta y uno cuestiona la sentencia de instancia en cuanto absuelve a todos los imputados por varios cargos y respecto al *quantum* de la pena y el monto de la reparación civil impuesta a los acusados Collado Tello, Santoyo Gómez, y Quispe Anccasi, quienes solo han sido condenados por delito de FALSEDAD material —véase recurso de fojas cuatro mil seiscientos cuarenta y ocho ; estima que están acreditados los delitos de malversación, peculado corrupción de funcionarios y abuso de autoridad —en un total de doce cargos concretos—, siendo de descartar lo inatendible que importa estimar que las conductas desarrolladas por los imputados solo constituyan como se consignó— inobservancia de normas y actos administrativos; por su parte, la defensa de la acusada Collado Tello en SU RECURSO formalizado de fojas cuatro mil seiscientos sesenta y uno entiende que la condena por delito contra la fe pública debe reformarse para la pericia grafotécnica solo se practicó en los dígitos del manuscrito pero no se hizo el estudio de las firmas; agrega que el primer curso de Tecnologías Peri Natales y Taller Presupuesto mil novecientos noventa y ocho y del pago del racionamiento del personal ampliado no se realizó y no intervino en el segundo curso, por lo que es ajena a los hechos así como que el cuestionamiento a la pericia no se resolvió en la sentencia; que la defensa de las acusados Santoyo Gómez y Quispe Anccasi en su recurso formalizado de fojas cuatro mil setecientos tres objetan la sentencia porque la pericia grafotécnica fue tachada y esta no se resolvió en la sentencia; además, sostiene que sus patrocinados son ajenos a los pagos efectuados, por no ser de su competencia, y han sido absuelto de cargos en sede administrativa.

Segundo: Que la Oficina Regional de Control Interno de la Ex Región Libertadores Wari realizó un examen especial a la Dirección Sub Regional de Salud de Huancavelica que comprendió el período del uno de enero de mil novecientos noventa y seis al treinta y uno de enero de mil novecientos noventa y ocho, como consecuencia de lo cual elevó el Informe número cero cero cero nueve-noventa y ocho-CTAR "LW"/ ORCI-OACPA del doce de junio de mil novecientos noventa y ocho, que en copia certificada corre de fojas veintisiete a seiscientos noventa y cinco; QUE dicho Informe consta de treinta y siete conclusiones, de las que solo consideró con relevancia penal seis —conclusiones cuatro, dieciocho, veinte, veintisiete, veintinueve y treinta y cuatro—, tal como fue resaltado por el Procurador Público en su denuncia de fojas uno a once, pese a lo cual la Fiscalía Provincial en su denuncia

formalizada de fojas seiscientos noventa y nueve y, luego, la Fiscalía Superior en su acusación de fojas dos mil quinientos sesenta y uno, comprendió otros cargos a los seis inicialmente considerados como tal, que los cargos penales a que hace referencia el aludido Informe de Auditoria son los siguientes: **a)** *Conclusión cuatro*, imputada a los acusados Santoyo Gómez, Collado Tello y Quispe Anccasi, por un monto de cincuenta y ocho mil ochocientos ochenta y ocho punto cero cinco soles, referente a las planillas de pago y racionamiento de octubre a diciembre de mil novecientos noventa y siete, en el que se habrían falsificado las firmas en los documentos de pagos por viáticos y racionamiento; **b)** *conclusión dieciocho,* imputada a Gonzáles Almeida, Zúñiga Vargas, Zorrilla Guzmán, Soto Alvarado, Muñoz Buendía, Quispe Vergara, Jurado Ñaña, Salas Gamarra y Quispe Chancha, por un monto de cuarenta y cuatro mil novecientos setenta y cuatro punto treinta y siete soles, referente a la adquisición de bienes y servicios sin autorización presupuestal; **c)** *conclusión veinte,* imputada a los acusados Zuñiga Vargas, Martínez Pujay, Herrera Palomino, Soto Alvarado, Jurado Ñaña y Salas Gamarra, por un monto de doce mil ochocientos veintidós punto cincuenta y dos soles, referente a la adquisición de doce refrigeradoras a la firma Representaciones Generales Desarrollo pese o que el presupuesto asignaba un gasto para reconversión de las diversas refrigeradoras de los establecimientos de salud; **d)** *conclusión veintisiete,* imputada al acusado Acero Capcha, por un monto de dos mil soles, referente al pago por concepto de gastos de supervisión de la ejecución de obra de terminación del Puesto de Salud de Congalla a favor del Ingeniero contratista Lazo Pacheco; **e)** *conclusión veintinueve,* por un monto de un millón noventa y nueve mil setecientos ochenta y siete punto sesenta y seis soles, imputada a los acusados Paco Ramos, Huarocc Giraldez, Zorrilla Guzmán, Soto Alvarado, Gonzales Almeida y Zúñiga Vargas, referente a pagos por estímulos económicos a los trabajadores administrativos asistenciales y pensionistas de la Dirección Sub-Regional de Salud-Huancavelica durante los años mil novecientos noventa y seis y mil novecientos noventa y siete, violando las normas de gestión presupuestaria correspondientes; y, **f)** *conclusión treinta y cuatro,* imputada a los acusados Gonzáles Almeida, Zúñiga Vargas, Zorrilla Guzmán, Jurado Ñaña y Paco Ramos, por un monto de veintiún mil cuatrocientos noventa y uno punto veintisiete soles, referente a reíntegros efectuados a un grupo de trabajadores de la Sub-región de Salud por concepto de crecimiento vegetativo en el mes de diciembre de mil novecientos noventa y seis.

Tercero: Que la señora fiscal suprema propone se declare la nulidad del concesorio del recurso de nulidad interpuesto por el señor fiscal superior,

porque se fundamentó fuera del plazo de ley, y por los acusados Santoyo Gómez y Quispe Anccasi porque se presentó extemporáneamente; que la sesión final de la audiencia se realizó el viernes catorce de enero del dos mil cinco, ocasión en que todos los recurrentes se reservaron su derecho de recurrir —véase acta de fojas cuatro mil seiscientos cuarenta y tres—, y la impugnación de los acusados Santoyo Gómez y Quispe Anccasi fue interpuesta el lunes diecisiete de ese mes, esto es, dentro del día siguiente de expedido el fallo como lo ordena el artículo doscientos ochenta y nueve del Código de Procedimientos Penales; que el fiscal fue notificado del decreto que le concedía diez días para fundamentar el recurso de nulidad el veintiuno de enero del dos mil cinco como se aprecia de fojas cuatro mil seiscientos cincuenta y uno y la formalización del mismo se interpuso el tres de febrero del dos mil cinco según se advierte de fojas cuatro mil seiscientos ochenta y uno, esto es, al octavo día; que, por consiguiente, los recursos están bien interpuestos y formalizados, y el concesorio de fojas cuatro mil setecientos ocho está arreglado a ley; que es de precisar que *el plazo de diez días a que hace referencia el apartado cinco del artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve, corre desde el día siguiente de la notificación de la resolución de requerimiento para su fundamentación —en caso el recurso se interponga por escrito, fuera del acto oral—*, oportunidad a partir de la cual el impugnante tiene certeza de la viabilidad inicial o preliminar del recurso que interpuso; que aun cuando en anteriores decisiones este Supremo Tribunal estimó que el plazo para la fundamentación o formalización del recurso corría desde el día, o al día siguiente, de la interposición del recurso, es del caso fijar con carácter estable y de precedente vinculante, con arreglo a lo dispuesto por el apartado uno del artículo trescientos uno A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve, el criterio que ahora se enuncia; que a lo expuesto en el considerando anterior: seguridad o certeza respecto a la viabilidad inicial o preliminar del recurso interpuesto, es de añadir no solo que el apartado cinco de la disposición antes referida no estipula taxativamente el criterio anteriormente enunciado: transcurso del plazo sin atender al decreto del Tribunal mediante el cual se requiere al impugnante la fundamentación del recurso interpuesto, sino también que se trata de una norma que integra el derecho al recurso legalmente previsto, el cual forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional reconocido por el inciso tres del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución, en cuya virtud es menester adoptar el criterio jurisprudencial más favorable a la viabilidad, ejercicio y eficacia de la admisibilidad de la impugnación, esto es, realizar una lectura flexible y amplia de la legalidad en orden al derecho al recurso.

Plazo para fundamentar el recurso

Cuarto: Que uno de los agravios que traen los recurrentes Collado Tello, Santoyo Gómez y Quispe Anccasi es la nulidad del fallo porque no se habría resuelto la tacha que se presentó contra la pericia grafotécnica; que, sin embargo, es de desestimarla porque sí se resolvió declarándose infundada y fue materia del décimo tercer fundamento jurídico.

Quinto: Que la acusación fiscal de fojas dos mil quinientos sesenta y uno, como inicialmente se anotó, incorporó doce cargos, entre los que incluyó los cinco a los que se hizo referencia en el segundo fundamento jurídico de esta Ejecutoria; que, sin embargo, en la sentencia recurrida con carácter general se rechazan los cargos en los que el Informe de fojas veintisiete y siguientes no estima que se ha incurrido en una conducta penalmente relevante, sin realizar un análisis concreto de su atipicidad y sin tomar en cuenta que el Informe de Auditoría, por su propia naturaleza, y la denuncia del Procurador no circunscriben el ejercicio de la jurisdicción penal —no constituyen propiamente requisitos de procedibilidad—, así como que el citado Informe de Auditoria —más allá de su carácter jurídico penal no vinculante al Ministerio Público y al órgano jurisdiccional— y la pericia contable de fojas dos mil cuatrocientos treinta y uno, por lo menos en alguno de ellos, estiman la realidad de una afectación patrimonial al Estado; que, igualmente, la sentencia si bien realiza un puntual análisis sobre cinco cargos penales, no se ha referido al cargo materia de la conclusión número treinta y cuatro; que, asimismo, en lo concerniente al delito contra la fe pública imputado a los acusados Santoyo Gómez, Collado Tello y Quispe Anccasi no existe pronunciamiento acerca de los agraviados Dueñas Parejas, Toro Sosa, Balbin Najarro y Segovia Anampa; además, se ha dispuesto el archivo provisional por ese delito en agravio de ocho personas, pero paralelamente no se incluyó en la absolución a los tres acusados antes mencionados; y, se ha considerado a cada imputado responsable por el indicado delito solo en agravio de dos personas de modo indistinto, sin que se haya incluido en la absolución a cada uno de los acusados en relación a las personas respecto de las cuales no se condenó; que, en tal virtud, la sentencia adolece de un defecto por vulneración del principio de exhaustividad, pues no ha motivado como corresponde cinco de los seis cargos penales a que hace referencia el Informe de Auditoria, ha omitido analizar un cargo considerado desde el inicio con relevancia punitiva, no se pronunciado sobre todos los agraviados respecto al delito contra la fe pública, y no ha valorado en toda su dimensión -en relación con las exigencias típicas de los ilícitos acusados —el mérito del Informe de Auditoría, de la pericia contable oficial de fojas dos mil cuatrocientos treinta y uno, de la pericia ampliatoria de fojas cuatro mil ochenta y nueve, y de las pericias de

Ausencia del análisis concreto de la atipicidad

Vulneración del principio de exhaustividad

parte de fojas mil ciento noventa y tres y mil seiscientos sesenta y siete en relación a la totalidad de cargos materia de acusación fiscal.

Sexto: Que, por otro lado, de autos aparece que la audiencia se instaló el treinta de octubre del dos mil tres —fojas tres mil quinientos cuatro—, que una de las sesiones se llevó a cabo el veintisiete de octubre del dos mil cuatro y se suspendió para continuarla el nueve de noviembre del dos mil cuatro —fojas cuatro mil doscientos veintisiete—, sin embargo se reanudó —constancia de por medio— el dieciséis de noviembre del dos mil cuatro —fojas cuatro mil doscientos cuarenta y seis—; que, asimismo, en esa última sesión se dispuso la realización de la siguiente sesión para el día primero de diciembre del dos mil cuatro como en efecto ocurrió —fojas cuatro mil cuatrocientos veintinueve—; que en ambos casos entre sesión y sesión —y estas implican la realización de actos procesales propios del enjuiciamiento— transcurrieron más de diez días hábiles, por lo que operó la interrupción de la audiencia, de modo que resulta de aplicación el artículo doscientos sesenta y siete del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número ciento veintiséis, en cuya virtud debe declararse sin efecto la audiencia y señalarse fecha para un nuevo juicio oral; que es de precisar que la citada norma solo permite no computar los días hábiles que transcurran cuando se produzcan causas de fuerza mayor o imprevistas, supuestos en los que no se puede incluir la enfermedad u otra motivo de licencia de un vocal pues las causas inicialmente precisadas —fuerza mayor y otras imprevisibles— tienen un carácter objetivo y general que se proyectan a la paralización del despacho judicial; que, por lo demás, el supuesto de enfermedad está previsto en el artículo doscientos sesenta y ocho del Código de Procedimientos Penales, norma que puntualmente descarta la exclusión del cómputo de los días hábiles; que la exigencia de un límite temporal del plazo de suspensión de la audiencia obedece a la necesaria vigencia de los principios de concentración y unidad de la audiencia, que en este caso están orientados a garantizar la auténtica formación del convencimiento judicial —y las impresiones que la actuación probatoria y los alegatos de las partes han dejado en el juzgador— para emitir una sentencia acorde con lo sucedido en el curso del juicio oral, por lo que los supuestos de excepción al cómputo de los plazos deben interpretarse restrictivamente.

La interacción de la audiencia y sus efectos

límite temporal del plazo de suspensión de la audiencia

Séptimo: Que como el juicio demoró inexplicablemente más de catorce meses, las causales concretas de suspensión reiterada del juicio no se justificaban razonablemente, las sesiones realizadas no cubrían lapsos razonables de tiempo, no se cumplió con los principios de concentración de la audiencia y de celeridad procesal, y se desconoció los alcances del

Suspensión reiterada del juicio no justificada

artículo doscientos sesenta y siete del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número ciento veintiséis, se ha incurrido en un supuesto de negligencia inexcusable por lo que es de aplicación el artículo doscientos nueve de la Ley Orgánica del Poder Judicial y, por consiguiente, imponer la medida disciplinaria de multa en uso de la facultad conferida por el artículo doscientos trece de dicha Ley.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, y estando a lo dispuesto por el artículo doscientos noventa y ocho, inciso uno, del Código de Procedimientos Penales:

I. Declararon **NULA** la sentencia de fojas cuatro mil seiscientos veintiuno, del catorce de enero de dos mil cinco; **MANDARON** se realice nuevo juicio oral por el mismo Tribunal.

II. **IMPUSIERON** la medida disciplinaria de multa a los señores vocales Noe Ñahuinlla Alata, José Ramiro Chunga Purizaca y Jorge Armando Bonifaz Mere, ascendiente al cinco por ciento del haber mensual de dichos magistrados; **DISPUSIERON** que se curse oficio a la Gerencia General del Poder Judicial para su ejecución, se inscriba la misma en el Libro respectivo y se comunique a la Oficina de Control de la Magistratura.

III. **ESTABLECIERON** como precedente vinculante lo estipulado en el tercer fundamento jurídico de esta Ejecutoria suprema; **ORDENARON** la publicación de la presente en el diario oficial *El Peruano* y, de ser posible, en el portal del Poder Judicial; en el proceso seguido contra Hilda Gaby Collado Tello y otros por delito de malversación de fondos y otros en agravio del Estado; y los devolvieron.

S.S
SIVINA HURTADO / SAN MARTÍN CASTRO / PALACIOS VILLAR / LECAROS CORNEJO / MOLINA ORDOÑEZ

3.
RECURSO DE NULIDAD N.° 1062-2004-LIMA
PLAZO PARA FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO A PARTIR DE LA NOTIFICACIÓN DEL REQUERIMIENTO

Recurso de Nulidad	**N.° 1062-2004-Lima**
Fecha	22.12.2004
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponentes	César San Martín Castro, Eduardo Palacios Villar, Adolfo Barrientos Peña, José Lecaros Cornejo y Ugo Molina Ordoñez
Tema	El cumplimiento de un deber como causal de atipicidad
Precedente vinculante	ff. jj. n.os 7 y 8
Concordancia	Código de Procedimientos Penales: arts. 225 y 301-A Código Penal: art. 321 (derogado) Ley N.° 25475

SUMILLA:
El acto médico no se puede penalizar, pues no solo es un acto esencialmente lícito, sino que es un deber del médico el prestarlo; asimismo, tampoco se puede criminalizar la omisión de denuncia de un médico de las conductas delictivas de sus pacientes conocidas por él en base a la información que obtengan en el ejercicio de su profesión; que, por tanto, el acto médico constituye [...] una causal genérica de atipicidad: la sola intervención profesional de un médico, que incluye guardar secreto de lo que conozca por ese acto, no puede ser considera típica, en la medida en que en esos casos existe una obligación específico de actuar o de callar, de suerte que no se trata de un permiso [...] sino de un deber, no genérico, sino puntual bajo sanción al médico que lo incumple.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N.° 1062-2004
LIMA

Lima, veintidós de diciembre de dos mil cuatro.

VISTOS: oído el informe oral; el Recurso de Nulidad interpuesto por el acusado Luis William Polo Rivera, o Luis Williams Polo Rivera o Luis Williams Pollo Rivera contra la sentencia condenatoria de fojas tres mil trescientos sesenta y cuatro, de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; por sus fundamentos pertinentes.

CONSIDERANDO

El Ministerio Público y el sistema acusatorio

Primero: Que, conforme al principio acusatorio que informa todo proceso penal moderno, corresponde al Ministerio Público —tal como lo define el artículo ciento cincuenta y nueve de la Constitución y, en particular, el artículo doscientos veinticinco del Código de Procedimientos Penales, modificado por la Ley número veinticuatro mil trescientos ochentiocho— definir el ámbito temático de la sentencia penal, o cuyo efecto debe describir la acción u omisión punible y las circunstancias que determinen la responsabilidad del imputado, así como citar las normas jurídico penales correspondientes, requisito último que es determinante para el adecuado ejercicio del derecho de defensa y, en lo específico, para la vigencia del principio de contradicción.

Segundo: Que el proceso en sede de jurisdicción penal ordinaria se inició a raíz de la inhibición de la jurisdicción castrense, y bajo el cargo de colaboración terrorista —auto de apertura de instrucción de fojas mil novecientos cincuenta, aclarado o fojas dos mil ciento ochentinueve—, que por lo demás es una figura penal incorporada en nuestra legislación punitiva desde la Ley número veinticuatro mil seiscientos cincuenta y uno, del veintiuno de marzo de mil novecientas ochentisiete; que los actas de colaboración terrorista que se imputan al encausado Polo Rivera o Pollo Rivera datan de mil novecientos ochenta y nueve hasta el año mil novecientos noventidós, y se expresan a través de varios actos reiterados en el tiempo y bajo un mismo propósito criminal; que en la acusación fiscal de fojas dos mil ciento cincuenta y siete, se señala que el acusado realizó actos de colaboración a favor de un organismo generado por la agrupación terrorista "Sendero Luminoso" denominado "Socorro Popular", específicamente del Sector Salud del mismo, y, como tal, llevó a cabo una serie de actos de colaboración en el ámbito de la atención sanitaria y servicios de salud o los heridos de dicha organización terrorista a consecuencia de acciones terroristas que perpetraban; que, en concreto, se atribuye al imputado, de un lado, haber brindado atención o tratamiento médico: a) en mil novecientos ochenta y nueve al terrorista conocido como "Isaías", quien se encontraba herido en el tobillo izquierdo por pisar una mina, amputándole la pierna; b) en mil novecientos noventa y uno a la terrorista conocida como "Camarada Ana", quien se encontraba herida como consecuencia de la explosión de una mina; c) en mil novecientos noventidós a una terrorista herida en los pulmones por proyectil de arma de fuego como consecuencia de la explosión de uno mina, a la que atendió por disposición de Jacqueline Aroni Apcho, encargada de la Sección Salud de Socorro Popular, hecho ocurrido en San Gabriel-San Juan de Lurigancho; d) en el año mil

novecientos noventidós a la terrorista llamada Magaly, conocida como "Camarada Ángela", en el Distrito de La Perla en el Callao; e) en fecha no determinada al conocido como "Jorge" en Canto Grande, quien sufrió una herida profunda en el tobillo derecho al haber pisado una mina; y, f) en fecha no determinada al conocido como "Adrián": que *de otro lado,* también se imputa al citado encausado que en abril o mayo de mil novecientos noventa y uno concurrió al domicilio de la terrorista Elisa Mabel Mantilla Moreno, luego que aquella presentó su carta de capitulación, exhortándola a que continuara en lo organización; que, de este modo, los cargos se centran, tanto en una integración periférica del acusado en un organismo generado de "Sendero Luminoso" dedicado específicamente al apoyo consciente y sistemático en medicamentos y atención médica a los miembros de lo organización que sufrían diversas lesiones o enfermedades como consecuencia de su actividad terrorista —a cuyo efecto por diversos canales de comunicación de la propia organización se acercaban y atendían a dichas personas—, cuanto en garantizar que los miembros del Sector Salud de Socorro Popular, vinculados a diversas áreas de la profesión médico, como es el caso de la nutricionista Mantillo Moreno, den los servicios de apoyo a la organización, que precisamente motivó su intervención cuando esta se alejó de la organización y dio por culminado su apoyo o favorecimiento a Socorro Popular.

Tercero: Que el acusado Polo Rivera o Pollo Rivera durante la secuela del proceso —manifestación policial de fojas dos mil doscientos cuatro y en el acto oral, sesión del dieciséis de enero último— ha negado haber prestado auxilio médico a los heridos por acciones terroristas, y su vinculación, de algún modo, a Socorro Popular-Sector Salud y a sus actividades —ver de modo relevante su declaración en audiencia de fojas dos mil novecientos setenticinco—; asimismo, alegó que las versiones de quienes lo sindican son falsas y que, en su mayoría, han sido rendidas al margen de las formalidades establecidas por la ley para que puedan ser consideradas como pruebas válidas; por tanto, se considera inocente de las cargas formulados por el Ministerio Público.

Cuarto: Que, sin embargo, tas alegaciones de inocencia contrastan con las prueba de cargo actuadas en el curso del proceso, que no solo acreditan la realidad de los hechos objeto de imputación sino también su responsabilidad penal; que, en efecto, de fojas doscientos veintidós a fojas doscientos treinta y seis —obrante en copia certificada— aparece la declaración de la beneficiado de clave A dos mil doscientos treinta millones uno, realizada en presencia del representante del Ministerio Público, quien manifiesta que Polo Rivera o Pollo Rivera, a quien

conocía como "Camarada Raúl", estuvo en varias oportunidades en el consultorio médico de Santiago Chalán Murillo —lugar de donde ella recogía material quirúrgico y medicamentos—, además de la camarada "Eva", quien en esa oportunidad se desempeñaba como mando militar, que esa versión la ratificó en su declaración rendida a fojas dos mil ochenta y cinco —y en el juicio oral anterior, que se interrumpió, a fojas dos mil quinientos noventa y seis, hizo lo propio, dato que se resalta porque en la sesión del cuatro de febrero de este año se remitió a lo expuesto en esa ocasión— donde refiriéndose a Polo Rivera o Pollo Rivera agregó que el imputado —conocido como "Raúl"— pertenecía a Sendero Luminoso, apoyaba al aparato de Socorro Popular, se dedicaba a haberlo con el suministro de medicamentos y víveres, así como prestaba atención médica a los miembros de Sendero Luminoso, dedicándose en ese último rubro a realizar intervenciones quirúrgicas a miembros de la organización terrorista Sendero Luminoso; que esta sindicación se ve reforzada con la declaración de la sentenciada por delito de terrorismo Elisa Mabel Mantilla Moreno, quien en su manifestación policial de fojas seiscientos cincuenta y uno y ampliaciones de la misma —ver copias certificados de fojas seiscientos cincuenta y uno o fojas seiscientos setenta y cuatro— expresamente atribuyó a Polo Rivera o Pollo Rivera la intervención quirúrgica de amputación de una de las piernas del paciente de nombre "Isaías", así como otras atenciones a varios terroristas: "Moisés", "Jorge". "Adrián" y "Ana", cargo que reiteró en su instructiva de fojas dos cientos treinta y nueve al reconocer mediante fotografías al imputado; que la citada Mantilla Moreno —que ha intervenido en numerosas diligencias de verificación y reconocimiento a partir de las cuales se aclaró su intervención y de otros individuos en la red de Socorro Popular— precisó que cuando quiso capitular al movimiento subversivo, el acusado Polo Rivera o Pollo Rivera, alias Raúl, arribó a su domicilio y la exhortó a que desistiera de su decisión —lo que fue rechazado por ella—, versión que ratificó en las actas de audiencia de fechas veintitrés de octubre de mil novecientos noventa y seis —ver fojas mil setecientos ochenta y ocho en copia certificada— y cuatro de febrero del año en curso —ver fojas tres mil setenta y ocho—, aunque en esta última sesión inexplicablemente señala que el "Raúl" a que se refería no es el imputado Polo Rivera o Pollo Rivera —llegó a decir, incluso, que no recordaba lo que declaró respecto a la identificación—, no obstante que en sede preliminar y de instrucción lo reconoció a través de su fotografía: que en términos similares declara el testigo Odón Augusto Gil Tofur —véase manifestación policial de fojas setecientos seis *y* setecientos quince—, quien en la continuación de su declaración instructiva señaló que en un inmueble de Tahuantinsuyo, lugar al

que acudió para tomar una radiografía a un paciente, encontró que el encausado y la conocida como "Eva" estaban tomando una radiografía a un paciente que presentaba un proyectil de arma de fuego en el cuerpo, quienes lo amenazaron de muerte a fin que no denunciara los hechos, —ver instructivo ampliatoria corriente copia certificado a fojas dos mil doscientos veinticinco—, que el citado Gil Tafur relata además otras participaciones del encausado en distintos inmuebles a donde iba con la misma finalidad: sacar placas radiográficos a diferentes pacientes, pero en viviendas particulares; sin embargo, en el acta oral se retracta de esas sindicaciones —fojas trescientos ciento diecinueve—, aunque sin mayor convicción y sin explicar con coherencia el motivo de semejante retracción; que otra testigo que tiene similar comportamiento es Rocío Rosal Castillo Cross, pues luego de sindicar claramente al imputado, en la sesión del veintinueve de enero se retracta únicamente de la mención a Polo Rivera o Pollo Rivera; asimismo, es de mencionar a Jacqueline Aroni Apcho quien luego de sindicar directa y circunstanciadamente al imputado en el acto oral señala que no tiene capacidad de reconocer a las personas pues ha padecido de delirio de persecución.

Quinto: Que la prueba de cargo se sustenta, esencialmente, en el testimonio incriminador de coimputados, en tanto personas vinculadas a la organización terrorista y, en su condición de tales, se relacionaron de uno u otro modo con el imputado Polo Rivera o Pollo Rivera; que tales testimonios incluyen un arrepentido; que, ahora bien, según tiene expuesto este Supremo Tribunal como línea jurisprudencial consolidada, constituye prueba suficiente para enervar la presunción constitucional de inocencia la incriminación de coimputados, en tanto en cuanto esta no obedezca a razones espurios ni a móviles subjetivamente reprobables, sea razonablemente circunstanciada y contenga un relato verosímil, y esté rodeada de elementos objetivos adicionales o corroboraciones periféricas que les otorguen verosimilitud; que tales requisitos son cumplidos acabadamente por los medios de prueba glosados, siendo de significar que se trata de corroboraciones cruzadas, pues provienen de fuentes —personas— diferentes o de origen plural —expedidas en circunstancias muy diversas—, y además no solo están escoltadas de actas de verificación e incautación —es particularmente relevante las muestras de fojas novecientos treintitrés, que es una nota suscrito por "Evo" y dirigido al doctor "Raúl", y de fojas novecientos setentiocho incauta da a Marianela Torres Castillo, que da cuenta de una relación de personas que apoyaban a Sendero Luminoso en la que se encuentra el denominado "Camarada Raúl"— sino también dan cuenta que el imputado es médico traumatólogo y, en ese entonces, prestaba servicios en el Hospital Dos de Mayo —laboró, según los constancias de autos,

Valoración de los testimonios

desde enero de mil novecientos ochentiuno o hasta el treinta y uno de julio del dos mil en que fue destituido, siendo la único persona con ese nombre en dicho nosocomio—, lo que cumple la nota de corroboración periférica necesaria para otorgar verosimilitud a las coincidentes sindicaciones de colaboración terrorista; que los cargos —y material probatorio especificado en el segundo fundamento jurídico del fallo recurrido, con las precisiones realizadas en esta decisión— están en función al hecho —y así se da por probado— que el imputado prestó apoyo a Sendero Luminoso a partir de sus conocimientos médicos y, esencialmente, desarrolló una serie de tareas para el Sector Salud de Socorro Popular en aras de favorecer la actividad y fines de la organización terrorista (proporcionar medicamentos y víveres): que, como ya se anotó, en el juicio oral han declarado Jacqueline Aroni Apcho, su marido Cirilo Roque Valle, así como Mantilla Moreno y Gil Tafur, quienes han retrocedido en sus declaraciones prestadas en sede preliminar y de instrucción [Gil Tafur manifiesta dudas en su reconocimiento, y los demás se retractan frontalmente en sus anteriores testimonios]; que, sin embargo, como ya lo tiene expuesto esta Suprema Sala, la apreciación del testimonio en estos casos comprende el análisis global de todo lo dicho en el curso del proceso en sus diferentes etapas, estando autorizado el Tribunal de Instancia a optar razonadamente por una de ellas, siendo claro en el caso de autos que las retractaciones no tienen fundamento serio y las declaraciones sumariales, atento a que son circunstanciadas y sin defectos que la invaliden, constituyen medios de prueba que deben ser tomados en cuenta, de suerte que el aporte táctico que proporcionan —elemento de pruebo— justifica, en función al análisis global de la prueba, la conclusión incriminatoria o la que se arriba: que, por otro lado, las tachas y objeciones formuladas por el imputado carecen de mérito y han sido debidamente analizadas por el Tribunal de Instancia en el tercer fundamento jurídico de la sentencia impugnada, siendo de resaltar que la excepción de cosa juzgada deviene infundada en tanto que el fallo invocado solo corresponde a un hecho de los múltiples imputados.

Sexto: Que el delito de colaboración terrorista, en sus diversas expresiones normativas desde su introducción al elenco punitivo nacional, reprime al que se vincula de algún modo a la ejecución material de cualquier acto de colaboración que favorezca la còmisión de los delitos de terrorismo o la realización de los fines de un grupo terrorista, que, sin perjuicio de reiterar lo expuesto en la Ejecutoria Suprema del veinte de diciembre del dos mil cuatro, es de agregar que los actos de colaboración típicamente relevantes, en *primer lugar*, deben estar relacionados con las actividades y finalidades de la organización terrorista, y, en *segundo*

colaboración terrorista: Conducta típica

lugar, deben favorecer materialmente las actividades propiamente terroristas —no es punible el mero apoyo o respaldo moral, pues se requiere una actuación de colaboración en las actividades delictivas de lo organización—; que la conducta típica debe, pues, contribuir por su propia idoneidad a la consecución o ejecución de un determinado fin; favorecer la comisión de delitos de terrorismo o la realización de los fines de la organización terrorista; que, asimismo, es de acotar que cuando el tipo penal hace mención a "cualquier acto de colaboración" o "[...] actas de colaboración de cualquier modo favoreciendo" se entiende que los actos de colaboración que A continuación detalla (CINCO o seis, según las leyes) tienen un valor meramente ejemplificativo; es decir, no constituyen una enumeración taxativa; que, ahora bien, los actos imputados al encausado Polo Rivera a Pollo Rivera se sitúan —en todos los casos— en el primer párrafo del tipo penal, pues no existe un supuesto específico en el que se subsuma lo que hizo conforme aparece descrito en el quinto fundamento jurídico.

Séptimo: Que esta Suprema Sala, rectificando lo expuesto en el sexto fundamento jurídico del fallo recurrido, toma en cuenta y —por imperativo constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos— asume la doctrina que instituye la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del dieciocho de noviembre del año en curso, recaída en el Asunto De la Cruz Flores versus Perú; que dicha Sentencia en el párrafo ciento dos estipula que el acto médico no se puede penalizar, pues no solo es un acto esencialmente lícito, sino que es un deber del médico el prestarlo; asimismo, tampoco se puede criminalizar la omisión de denuncia de un médico de las conductas delictivas de sus pacientes conocidas por él en base a la información que obtengan en el ejercicio de su profesión; que, por tanto, el acto médico constituye —coma afirma un sector de la doctrina penalista nacional— una *causal genérica de atipicidad:* la sola intervención profesional de un médico, que incluye guardar secreto de lo que conozca por ese acto, no puede ser considera típica, en la medida en que en esos casos existe una obligación especifico de actuar o de callar, de suerte que no se trata de un permiso —justificación— sino de un deber, no genérico, sino puntual bajo sanción al médico que lo incumple; que, ahora bien, los cargos contra el encausado Polo Rivera o Pollo Rivera no se centran en el hecho de haber atendido *circunstancial y aisladamente* a pacientes que por sus características denotaban que estaban incursos en delitos de terrorismo, menos —en esa línea— por no haberlos denunciado —hechos que por lo demás él niega categóricamente—, sino porque estaba ligado o vinculado como colaborador clandestino a las lógicas de acción, coherente con sus fines, de la organización

El cumplimiento de un deber como causal de atipicidad

terrorista "Sendero Luminoso"; que, en su condición de tal, el citado imputado recabó y prestó su intervención en las tareas —ciertamente reiteradas, organizadas y voluntarias— de apoyo a los heridos *y* enfermos de "Sendero Luminoso", ocupándose tanto de prestar asistencia médica —cuyo análisis no puede realizarse aisladamente sino en atención al conjunto de actos concretamente desarrollados y probados— y también de proveer de medicamentos u otro tipo de prestación a las heridos y enfermos de la organización —cuyo acercamiento al herido o enfermo y la información de su estado y ubicación le era proporcionado por la propia organización, no que estos últimos hayan acudido a él por razones de urgencia o emergencia y a los solos efectos de una atención médica—, cuanto de mantener la propia organización de apoyo estructurada al efecto —con esta finalidad, como ya se destacó, trató de convencer a una de sus integrantes a que no se aparte de la agrupación—; que, desde luego y en tales circunstancias, los actos realizados por el acusado estaban relacionados con la finalidad de la organización terrorista —de mantener operativos a sus militantes para que lleven a cabo conductas terroristas—, a partir de una adecuación funcional a las exigencias de aquella, y de ese modo favorecer materialmente la actividad de "Sendero Luminoso".

El favorecimiento material al terrorismo

Octavo: Que, finalmente, los reiterados actos de colaboración perpetrados por el acusado Polo Rivera o Pollo Rivera se perpetraron, en sus últimos expresiones materiales —no hay prueba concreta de su comisión posterior— durante la vigencia del artículo trescientos veintiuno del Código Penal del mil novecientos noventa y uno, antes de la entrada en vigor del Decreto ley número veinticinco mil cuatrocientos setenta y cinco, por lo que dicha norma —que incluso es más benigno que las anteriores—, es la que finalmente rige la punibilidad; que la pena privativa de libertad impuesta está dentro de la conminación prevista por dicha norma; que, empero, la pena de multa no es aplicable en tanto el tipo penal del originaria Código Penal no lo contempla.

Noveno: Que como quiera que se está complementando la definición del delito de colaboración terrorista y se está estipulando la atipicidad del acto médico, sin que a ello obste el análisis de quienes consciente y voluntariamente colaboran en diversas tareas con el aparato de salud de una organización terrorista, es del caso aplicar lo dispuesto en el numeral uno del articula trescientos uno- A del Código de Procedimientos Penales, introducida por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve.

DECISIÓN

Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida de fojas tres mil trescientos sesenta y cuatro, de fecha veinticuatro de febrero del dos mil cuatro, que condena a Luis William Polo Rivera o Luis Williams Pollo Rivera o Luis Williams Pollo Rivera como autor del delito contra la tranquilidad pública-colaboración terrorista en agravio del Estado, a diez años de pena privativa de libertad, y fija en mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor del Estado: con lo demás que al respecta contiene, declararon **NULA** la sentencia en el extremo que impone la pena de multa; **ESTABLECIERON** como precedente vinculante lo dispuesto en los fundamentos jurídicos sexto y séptimo de la presente Ejecutoria; **MANDARON** se publique en el diario oficial *El Peruano* y, de ser posible, en la página web del Poder Judicial; y los devolvieron.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO / PALACIOS VILLAR / BARRIENTOS PEÑA / LECAROS CORNEJO / MOLINA ORDOÑEZ

CAPÍTULO III
El recurso de apelación

1.
CASACIÓN N.º 183-2011-HUAURA
ALCANCES Y PRECISIONES RESPECTO DE LA CONVOCATORIA Y ASISTENCIA DEL IMPUTADO A LA AUDIENCIA DE APELACIÓN

Casación	**N.º 183-2011-Huaura**
Fecha	05.09.2012
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponente	José Neyra Flores
Tema	Alcances y precisiones respecto de la convocatoria y asistencia del imputado a la audiencia de apelación
Doctrina jurisprudencial vinculante	f. j. n.º 4
Concordancia	Código Procesal Penal: arts. 271.2, 396.3, 423.2 y 423.4
SUMILLA: La obligatoriedad en la asistencia del imputado recurrido tiene una aplicación relativa, pues existen mecanismos supletorios, como es la asistencia de su abogado defensor, que garantizan en pleno los derechos y garantías procesales.	

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 183-2011
HUAURA

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, cinco de setiembre de dos mil doce

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal Superior Titular de la Primera Fiscalía Superior Penal de Huaura, contra lo sentencia de vista del tres de mayo de dos mil once, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura, obrante a fojas ochenta y cinco del cuaderno de debate, que confirmó la sentencia de catorce de diciembre de dos mil diez, en cuanto absolvió a Carlos Antonio Taboada Tolentino de

los cargos contenidos en el requerimiento de acusación, por el delito contra el Patrimonio - robo agravado, en agravio de José Manuel Chavesta Alarcón.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo José Antonio Neyra Flores.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Del itinerario de la causa en primero instancia

Primero. El encausado Carlos Antonio Taboada Tolentino fue procesado penalmente con arreglo al nuevo Código Procesal Penal. Que el señor Fiscal Provincial mediante requerimiento de fojas diecisiete del cuaderno denominado "Expediente Judicial", de fecha cuatro de agosto de dos mil diez, formuló acusación contra el precitado por el delito contra el Patrimonio robo agravado, previsto en el artículo ciento ochenta y ocho, debidamente concordado con los incisos dos, tres y cuatro del artículo ciento ochenta y nueve del Código Penal, en agravio de José Manuel Chavesta Alarcón.

Que, a fojas veintidós del denominado "Expediente Judicial" obra el acta de la audiencia de control de lo acusación, llevada a cabo por el juez de la investigación preparatoria. El auto de citación a juicio fue expedido por el Juzgado Penal Colegiado correspondiente con fecha doce de octubre de dos mil diez y obro o fojas seis del cuaderno de debate.

Segundo. Seguido el juicio de primera instancia —como se advierte de las actos de fojas treinta, treinta y cuatro y cuarenta y seis—, el Juzgado Penal Colegiado dictó sentencia de fojas cuarenta y nueve, del catorce de diciembre de dos mil diez, que, por mayoría, absolvió a Carlos Antonio Taboada Tolentino por delito contra el patrimonio-robo agravado, en agravio de José Manuel Chavesta Alarcón; con lo demás que al respecto contiene.

Contra la referida sentencia el señor Fiscal Provincial del Primer Despacho de investigación de la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Barranca interpuso de apelación por escrito de fojas sesenta y dos. Este recurso fue concedido por auto de fojas sesenta y cinco, del cinco de enero de dos mil once.

II. Del trámite del recurso en segundo instancia

Tercero. La Sala Superior Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de Huaura, culminada la fase de traslado de la impugnación y habiendo declarado admitidos los medios probatorios ofrecidos por el representante del Ministerio público —uno de ellos por unanimidad y dos por mayoría—, mediante auto de fojas setenta y ocho, de fecha veintinueve de marzo de dos mil once, emplazó a las partes a fin que concurran a la audiencia de apelación de sentencia mediante la citada resolución. Realizada la audiencia de apelación con presencia del representante del Ministerio Público, el abogado defensor del acusado Taboada

Tolentino y los testigos e inasistencia del agraviado José Manuel Chavesta Alarcón y del procesado Carlos Antonio Taboada Tolentino —conforme aparece del acto de ojos ochenta y cuatro, del tres de mayo de dos mil once, el Tribunal de Apelación dio a conocer en resumen los fundamentos de su decisión— la misma que por unanimidad confirmó la sentencia absolutoria dictada en primera instancia a favor del procesado Taboada Tolentino, disponiendo lo notificación de la referida sentencia.

Cuarto. La Sentencia de vista recurrida en casación, por unanimidad confirmó la Sentencia de primera instancia que absolvió a Carlos Antonio Tolentino Taboada y dispuso el archivamiento definitivo de los actuados; asimismo, por mayoría se dispuso: "...que la sentencia de segunda instancia sea notificada en forma integral o los sujetos procesales en sus respectivos domicilios procesales, sin perjuicio de que sea publicada en Internet en la dirección electrónico: vww.jurisprudenciahuaura.blogspot.com; con lo demás que contiene.

III. Del Trámite de recurso de casación de lo defensa del procesado Taboada Tolentino.

Quinto. Que notificada que fuera lo sentencia de vista, el Fiscal Superior Titular de la Primera Fiscalía Superior Penal de Huaura, interpuso el recurso de casación correspondiente mediante escrito de fojas ciento siete, introduciendo dos motivos de casación: a) inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal —inciso uno del artículo cuatrocientos veintinueve del Código procesal Penal—; y b) inobservancia de los normas legales de carácter procesal sancionados con nulidad —inciso dos del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal—; asimismo invocó en atención a las causales anteriormente mencionadas, el supuesto excepcional de desarrollo de la doctrina jurisprudencial —inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del citado Cuerpo Legal—.

Concedido el recurso por auto de fojas ciento catorce, del seis de junio de dos mil once, se elevó la causa a este Supremo Tribunal con fecha veintisiete de junio de dos mil once.

Sexto. Cumplido el trámite de traslados a los sujetos procesales por el plazo de diez días, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria del veinte de enero de dos mil doce, obrante en el cuaderno de casación, declaró bien concedido el recurso de casación por el motivo de "inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad" con relación a la inaplicación de los artículos trescientos noventa y seis, inciso tres del Código Procesal Penal; declarando a su vez inadmisible el recurso de casación por la causal referida a la "inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material o por una indebida o errónea aplicación cuatrocientos diecinueve numeral dos del Código Procesal Penal.

Sétimo. Instruido el expediente en Secretaría, señalada la audiencia de casación el día de la fecha, instalada la audiencia y realizadas los pasos que corresponden conforme al acto que antecede, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

Octavo. Deliberada la causa en secreto y votada el día de la fecha, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública —con las partes que asistan— se realizará por la Secretaría de la Sala el día trece de setiembre del año en curso a las ocho horas con treinta minutos de la mañana.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Del ámbito de la casación

Primera. Conforme ha sido establecido por lo Ejecutoria Suprema de fojas catorce del cuaderno de casación, del veinte de enero de dos mil doce, el motivo de casación admitido es: i) inobservancia de los normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad con relación a la inaplicación de los artículos trescientos sesenta y nueve, inciso uno; cuatrocientos veintitrés inciso dos y trescientos noventa y seis, inciso tres del Código Procesal Penal.

Sobre el particular el representante del Ministerio Público alego en su recurso de casación, obrante a fojas ciento siete del cuaderno de debate, lo siguiente:

> **A.** La sentencia de vista ha sido expedida contraviniendo el artículo trescientos sesenta y nueve, inciso uno, y cuatrocientos veintitrés, inciso dos del Código Procesal Penal, toda vez que los Jueces Superiores de la Sala de Apelaciones de Huaura instalan audiencias de segunda instancia sin la presencia del imputado, sin disponer previamente su conducción coactiva y declararlo reo contumaz, por lo que se deberá establecer como doctrina jurisprudencial que las audiencias de apelación no deben instalarse, sin la presencia del imputado, dado que ello afecta el debido proceso.
>
> **B.** Que, se ha inobservado lo regulado en el artículo trescientos noventa y seis, inciso tres del Código Procesal Penal, dado que no se convocó a la lectura de sentencia en audiencia pública, sino que se dispuso su notificación de manera directa en los domicilios procesales de las partes, por lo que se deberá establecer como doctrina jurisprudencial la convocatoria obligatoria a la lectura de sentencia en segunda instancia.

II. Del pronunciamiento del Tribunal de Apelación

Segundo. Los motivos que sirven de sustento al recurso de casación planteado por el recurrente —Fiscal Superior—, se encuentran dirigidos a cuestionar las siguientes medidas asumidos por el Colegiado Superior al absolver en grado la sentencia de primera instancia:

i) Al llevarse a cabo la audiencia de apelación, no estuvo presente el procesado Carlos Antonio Toboada Tolentino, conforme se dejó consignado en el acta respectiva de fojas ochenta y cuatro del tres de mayo de dos mil once; no obstante ello, el Colegiado Superior llevó a cabo dicha diligencia —al respecto aduce el recurrente que el Órgano Judicial ha contravenido lo dispuesto en el inciso dos del artículo cuatrocientos veintitrés del Código Procesal Penal—, no disponiendo que éste sea conducido coactivamente o sea declarado contumaz; y,

ii) Que, culminada la audiencia de apelación el Colegiado Superior dispuso que se dé a conocer un resumen de los fundamentos de su decisión, asimismo, dispuso, por mayoría, que dicha sentencia sea notificada a los domicilios procesales de los sujetos procesales, sin perjuicio que sea publicada en Internet en lo dirección electrónica: www.jurisprudenciahuaura.blogspot.com lo que a decir, del recurrente vulnera lo prescrito en el artículo trescientos noventa y seis, inciso tres del Código Procesal Penal.

III. Análisis jurídico fáctico

Fin del recurso de Casación

Tercero. Que, el recurso de casación por su naturaleza extraordinaria tiene como fin el resguardo del principio de igualdad ante la Ley, a efectos de asegurar la interpretación unitaria de la ley penal o procesal penal, en concordancia sistemática con el ordenamiento jurídico.

Puntos controvertidos

Cuarto. Que, como se ha dejado anotado en los considerandos precedentes, son dos los puntos sobre los que este Supremo Tribunal debe efectuar algunos precisiones de carácter procedimental, respecto a concretas situaciones que vienen generando algunas divergencias entre el proceder de los Magistrados —al menos en este caso— que conforman las Salas de Apelaciones de las Cortes Superiores de Justicia donde ya se encuentra vigente el Código Procesal Penal con el criterio asumido por los representantes del Ministerio Público, siendo estas las siguientes:

4.1. Respecto a la convocatoria y asistencia del imputado a la audiencia de apelación

4.1.1. Que, resulta claro de conformidad con el inciso uno del artículo cuatrocientos veintitrés del Código Procesal Penal una vez que se ha decidido la admisibilidad de la prueba ofrecida —como ha sucedido en el presente caso— se deberá convocar a los partes, incluso a los imputados no recurrentes a la audiencia de apelación, en efecto esta norma hace mención a que el órgano jurisdiccional debe poner en conocimiento de todos los sujetos procesales la realización de dicha audiencia, con el fin de dárseles la oportunidad a que puedan asistir y hacer valer sus posiciones antes que la causa sea resuelta en segunda instancia.

Sobre el emplazamiento para la audiencia de apelación

4.1.2. Que, asimismo, el inciso dos del citado dispositivo legal y que habría sido vulnerado, según alegó el recurrente, con el proceder del Colegiado Superior, estipula: "...es obligatoria la asistencia del Fiscal y del imputado recurrente, **así como de todos los imputados recurridos en caso la impugnación fuere interpuesto por el Fiscal...**"; en efecto, dicha norma en principio establece la obligatoriedad de la asistencia del imputado recurrido ante la impugnación efectuada por el Fiscal, sin embargo, dicha norma debe ser comprendida de manera aislada y literal, sino que debe interpretarse en forma sistemática con las demás disposiciones que guarden relación con dicha premisa inicial dentro del marco jurídico vigente, así se tiene que el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintitrés de la norma acotada, señaló: "[...] **Si los imputados son partes recurridas** —se entiende no recurrentes— **su inasistencia no impedirá la realización de la audiencia [...]**", entonces, resulto razonable establecer que no obstante la obligatoriedad anotada, el Legislador ha previsto casos en los que no concurra el imputado recurrido, en tales supuestos la fórmula legal a seguir por el juzgador no es suspender el juicio, sino por el contrario en esos casos la audiencia se debe llevar a cabo, tanto más si concurre el abogado defensor del procesado.

Asistencia obligatoria de los imputados recurridos

Sobre la inasistencia de los imputados recurridos

4.1.3. Que, al respecto el inciso uno del artículo setenta y uno del Código Penal establece: "[...] el imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su abogado defensor los derechos que la Constitución y las Leyes le conceden [...]", como vienen a ser la tutela jurisdiccional efectiva, derecho de defensa, igualdad ante la Ley, a la doble instancia, entre otros; asimismo, se ha dejado anotado en el recurso de apelación número cero dos-dos mil nueve de la Libertad, fundamento octavo, lo siguiente: "[...] pese a que la audiencia de apelación, en este caso, en atención a los motivos del recurso y al ámbito de sus objeciones no

requiere de modo necesario la presencia del imputado [...] **La audiencia de apelación, por tanto, puede realizarse con la sola presencia de su abogado defensor, o quien debe reconocerse, analógicamente, la representación del imputado** y, por tanto, los derechos de intervención en todas las diligencias y de ejercicio de todos los medios de defensa que la ley reconoce (artículo setenta y nueve, aportado tres del Código Procesal Penal) [...] ".

La procedencia de la apelación sin intervención del imputado

Asimismo, se ha dejado establecido en la Casación número uno-dos mil siete-HUAURA, de fecha veintiséis de julio de dos mil siete, lo siguiente: " [...] Es particularmente importante, a todos los efectos, la regla incorporada en el penúltimo extremo del apartado dos del examinado artículo doscientos setenta y uno del Nuevo Código Procesal Penal: "Si el imputado se niega por cualquier motivo a estar presente en la audiencia será representado por su abogado defensor o el defensor de oficio, según sea el caso". No es pues absoluta la necesidad de presencia del imputado en la audiencia de prisión preventiva; es sí necesaria, su debida citación en su domicilio real o procesal —si lo hubiere señalado—, o su conducción al Juzgado cuando esté efectivamente detenido [con ello se cumple el principio de contradicción, se hace efectiva la garantía de tutela jurisdiccional —en cuanto acceso al proceso— y se afirma, a su vez, la garantía de defensa procesal]. Si el imputado se niega a asistir, sea porque huyó, porque no es habido —lo que denota imposibilidad material del Juez para emplazarlo— o porque, sencillamente, no quiere hacerlo —en ejercicio de su derecho material de defensa, a su propia estrategia procesal o por simple ánimo de sustracción o entorpecimiento procesal—, la audiencia se lleva a cabo con la representación técnica del abogado defensor de confianza o de oficio [...] ".

Negación de asistencia a audiencia del imputado

4.1.4. Que, de lo expuesto, entonces, es de colegirse extensivamente que en los casos de inasistencia del imputado recurrido a la audiencia de apelación, no existe impedimento alguno para que dicha diligencia se lleve a cabo, con la presencia de los otros sujetos procesales, incluso dicha ausencia puede ser convalidada con la asistencia de su abogada defensor, lo que asegura el resguardo de todas las garantías que nuestro ordenamiento jurídico procesal penal prevé a su favor, en consecuencia, la obligatoriedad en la asistencia del imputado recurrido tiene una aplicación relativa, pues existen mecanismos supletorios, como es la asistencia de su abogado defensor, que garantizan en pleno los derechos y garantías procesales, en consecuencia, no es del caso considerar dicha inasistencia como vulneración de las normas legales de carácter procesal,

Participación del abogado defensor

debiendo interpretarse en forma sistemática lo dispuesto por el inciso dos del artículo cuatrocientos veintitrés del Código Procesal Penal.

4.1.5. Que, en cuanto a lo alegado por el recurrente en el sentido que ante la inasistencia del imputado a la audiencia de apelación, los Jueces Superiores no disponen previamente su conducción coactiva y declararlos contumaces, cabe indicar que dicha disposición contenida en la parte final del inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintitrés, debe ser aplicada, caso por caso y no en forma definitiva, general e indiscriminada, ello pues en algunos casos concretos, la prueba de cargo conocida por el Órgano Jurisdiccional en segunda instancia puede ser tan débil e insuficiente para cuestionar una decisión absolutoria de primera instancia, que sería razonablemente inadecuado disponer la conducción coactiva del imputado recurrido o su declaración de contumaz, cuando su presencia —que puede ser incluso convalidada con la asistencia de su abogado defensor— no sea determinante para definir decisión judicial, entonces resulta adecuado precisar que en función a la naturaleza de los hechos y la prueba de cargo y de descargo que exista en cada caso particular, el Juzgador podrá adoptar la decisión que considere pertinente, proporcional y razonable en cada uno de ellos, sin que la no imposición de las medidas anotadas en la parte final del artículo cuatrocientos veintitrés del Código Procesal signifique *per sé* afectación al debido proceso.

Sobre la conducción coactiva del imputado

4.2. Sobre la lectura de la sentencia emitida en segunda instancia por las Salas de Apelaciones de las Cortes Superiores de Justicia

4.2.1. Que, respecto a la diligencia de la lectura de sentencia, debe indicarse que en el Código Procesal existen normas genéricas que regulan su desarrollo tras el juicio oral llevado a cabo tanto por el Juzgado Unipersonal o Colegiado, respectivamente, como se advierte del Título V —artículo trescientos noventa y dos y siguientes— de la Sección III del citado Texto Legal al respecto, el inciso tres del artículo trescientos noventa y seis establece lo siguiente: "[...] La sentencia quedará notificada con su lectura integral en audiencia pública [...]"como la específicas vinculadas a la lectura de sentencia en segunda instancia, que se encuentra regulada en el artículo cuatrocientos veinticinco del Código acotado; que el inciso cuatro de este dispositivo legal señala: "[...] **La sentencia de segunda instancia se pronunciará siempre en audiencia pública**. Para estos efectos se notificará a las partes la fecha de la audiencia. El acto se llevará a cabo con las partes que asistan. No será posible aplazarla bajo ninguna circunstancia [...]", que de ello se puede precisar entonces que ya sea la sentencia de primera o de segunda

instancia, es un supuesto normativo de ineludible cumplimiento por los Órganos Judiciales su lectura en audiencia pública —sin perjuicio de reconocerse lo estipulado en el segundo párrafo del artículo trescientos noventa y seis del Código Procesal Penal que establece: "[...] Cuando por la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora sea necesario diferir la redacción de la sentencia, en esa oportunidad se leerá tan solo su parte dispositiva y uno de los jueces relatará sintéticamente al público los fundamentos que motivaron la decisión, anunciará el día y la hora para la lectura integral, la que se llevará a cabo en el plazo máximo de los ocho días posteriores al pronunciamiento de la parte diapositiva ante quienes comparezcan [...]"—.

La lectura de la sentencia en audiencia pública

4.2.2. Que, en efecto, ello garantiza el conocimiento de los argumentos y la decisión judicial en forma oral a los justiciables presentes y al público concurrente, en consonancia con el espíritu del nuevo modelo procesal penal que busca ir aboliendo las prácticas inquisitivas que redundan en una reserva de las actuaciones judiciales, en tal sentido, el Código Procesal Penal plantea a lo largo del procedimiento un sistema de audiencias que garantiza no solo la contradicción de las posiciones entre los sujetos procesales durante el proceso, sino que también garantiza la publicidad en las actuaciones judiciales, que permite un adecuado control de la ciudadanía sobre la actuación de los Jueces, siendo la lectura de la sentencia una exigencia no solo de orden formal, sino que es a su vez una exigencia normativa que tiende a someter al escrutinio general la decisión adoptada, en consecuencia, y en cumplimiento a lo dispuesto en el inciso seis del artículo cuatrocientos veinticinco del Código Procesal Penal la sentencia de segunda instancia —al igual que la derivada del acto de juzgamiento en primera instancia— debe ser, primero, ineludiblemente **leída** —se entiende en audiencia pública, salvo las excepciones de ley en que dicha diligencia se hará en forma reservada— y después de ello notificada a los sujetos procesales.

4.2.3. Que, cabe indicar que la disposición de publicar la decisión judicial en una página web resulto lógica y abona al conocimiento y difusión de las sentencias dictadas por este Poder del Estado, en tal sentido, debería ser una premisa general e inicial que tales publicaciones deban realizarse a través de los medios de difusión idóneos y legalmente autorizados y reconocidos paro dicha finalidad, como resultan ser las páginas electrónicas de las diversas Cortes de Justicia; sin embargo, resulta ser un hecho evidente en nuestro país en muchos casos no existe la logística necesaria ni la cultura de la publicidad que tienda a la difusión por tales medios informáticos de las sentencias dictadas, en consecuencia, si tomamos en cuenta que en la actualidad se está llevando

a cabo en nuestro país el proceso de reforma en materia procesal penal de manera progresiva, no resulta equivocado ni irrazonable disponer la difusión de las decisiones judiciales, a través de otros mecanismos —como pueden ser otras direcciones electrónicas destinadas obviamente a la difusión de noticias y temas de interés de índole jurídico—, en tanto se vayan estableciendo los condiciones técnico-operativas y logísticas óptimas para alcanzar los fines publicísticos que enarbola el Código Procesal Penal.

Quinto: Que en dicho orden de ideas, si bien los actos realizados por el Colegiado Superior en cuanto no realizó la diligencia de lectura de sentencia y dispuso únicamente la notificación de su decisión en los domicilios procesales de las partes, afectan lo dispuesto en los artículos cuatrocientos veinticinco, inciso dos, del Código Procesal Penal, sin embargo, solo por esta vez este Supremo Tribunal considero que resultaría inapropiado y poco práctico retrotraer el procedimiento al momento en que se cometió el vicio, tanto más si en los casos de defectos relativos, el artículo ciento cincuenta y dos del Código Procesal señala que los vicios quedarán convalidados: "[...] Si no obstante su irregularidad, el acto ha conseguido su fin respecto de los interesados o si el defecto no ha afectado los derechos y las facultades de los intervinientes [...]".

Sexto. Que, en lo sucesivo, las Cortes Superiores de Justicia deben en forma ineludible tomar en consideración los alcances y precisiones que se hace en la presente Ejecutoria —cuarto considerando— tanto paro los casos referidos a la convocatoria y asistencia del imputado a la audiencia de apelación, como sobre la lectura de la sentencia emitida en segunda instancia.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Superior de la Primera Fiscalía Superior Penal de Huaura, por la causal referida a la inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad, con relación a la inaplicación de los artículos trescientos sesenta y nueve numeral uno, cuatrocientos veintitrés numeral dos y trescientos noventa y seis numeral tres del Código Procesal Penal, contra la sentencia de vista del tres de mayo de dos mil once, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura, obrante a fojas ochenta y cinco del cuaderno de debate, que confirmó la sentencia del catorce de diciembre de dos mil diez, en cuanto absolvió a Carlos Antonio Taboada Tolentino de los cargos contenidos en el requerimiento

de acusación, por el delito contra el delito contra el Patrimonio-robo agravado, en agravio de José Manuel Chavesta Alarcón.

II.MANDARON que, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura y las demás Cortes Superiores de los Distritos Judiciales en los que se encuentro en vigencia el Código Procesal Penal, consideren ineludiblemente como doctrina jurisprudencial vinculante lo señalado en el cuarto considerando (ANÁLISIS JURÍDICO FÁCTICO) de la presente Ejecutoria Suprema, de conformidad con el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal.

III. ORDENARON se transcriba la presente Ejecutoria a las Cortes Superiores en los que rige el Código Procesal Penal para su conocimiento y fines, y se publique en el diario oficial *"El Peruano"*.

Interviene el señor Juez Supremo Santa María Morillo por vacaciones del señor Juez Supremo Salas Arena.

S.S. VILLA STEIN /RODRÍGUEZ TINEO /PARIONA PASTRANA /**NEYRA FLORES** /SANTA MARÍA MORILLO

CAPÍTULO IV
El recurso de casación

1.
CASACIÓN N.º 389-2014-SAN MARTÍN
LA CASACIÓN DE OFICIO

Casación	**N.º 389-2014-San Martín**
Fecha	07.10.15
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponente	Josué Pariona Pastrana
Tema	Casación de oficio, principio precautorio, principio indubio pro reo observancias al tipo penal en el delito del art. 310 del Código Penal
Jurisprudencia relevante	ff. jj. n.ºs 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 25, 26, 27 y 28
Concordancias	Código Penal: art. 310 Código de Procedimientos Penales: art. 431

SUMILLA:
La casación de oficio es una especie de casación excepcional que procede a discreción del Tribunal Supremo, al advertirse una posible concurrencia de alguna de las causales del artículo 429 del Código Procesal Penal —cuando por criterios de fondo y/o forma se declaró inadmisible el recurso de casación inicial presentado por alguna de las partes del proceso—. Por tanto, conforme a la naturaleza y fines de la casación de oficio, la Corte Suprema pese a la inconcurrencia de las partes siempre emitirá un pronunciamiento de fondo en el caso concreto teniéndose como único límite la garantía constitucional de no reformatio in peius.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 389-2014
SAN MARTÍN

SENTENCIA CASATORIA

Lima, siete de octubre de dos mil quince

VISTOS; en audiencia el recurso de casación de oficio para desarrollo de doctrina jurisprudencial, contra la resolución del diecinueve de junio de dos mil catorce —obrante a fojas setecientos catorce—. Interviene corno ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana.

I. ANTECEDENTES

Primero. Mediante la Ejecutoria Suprema del 23 de febrero de dos mil quince —fojas cincuenta y nueve del cuaderno de casación— este Supremo Tribunal advierte que el recurso de casación interpuesto por el actor civil no superaba los requisitos formales regulados en el Código Procesal Penal —artículo 427, inciso 1 (*summa poena*), inciso 3 (referido a la reparación civil), y artículo 430, inciso 1 (fundamentación de causales) del Código Procesal Penal—, véase fundamentos jurídicos del aparatado II (del primero al tercero) del auto de calificación-, razones por las cuales **se declaró inadmisible el recurso de casación interpuesto por el recurrente —actor civil—.**

Segundo. Pese a lo señalado, esta Suprema Corte encontró de oficio interés casacional para desarrollo de doctrina jurisprudencial: la correcta interpretación y aplicación del principio precautorio (Artículo VII de la Ley General del Ambiente) que rige en materia ambiental, en el caso concreto y de manera general, para dilucidar la existencia de una posible contravención con el principio de *in dubio pro reo*, que rige en materia penal -fundamento jurídico quinto del apartado II del auto de calificación del recurso de casación a fojas cincuenta y nueve-. Por tanto, en aplicación del inciso 1, del artículo 432, concordado con el inciso 4 del artículo 427 e inciso 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal declaró **Bien Concedido de Oficio** el recurso de casación.

Tercero. Programada la audiencia de casación para el siete de octubre de dos mil quince, con la debida notificación a las partes procesales, éstas no asistieron. Lo que se debía a que se declaró inadmisible el recurso de casación del actor civil y estamos en una casación de oficio, admitida por interés principal de este Tribunal Supremo —conforme los fundamentos jurídicos precedentes—.

Cuarto. Es necesario realizar precisiones si para la casación de oficio rigen las mismas reglas aplicables a la casación ordinaria o excepcional —reguladas en el Código Procesal Penal—. Por tanto, también resulta necesario establecer si corresponde o no, en la presente sentencia de casación de oficio, realizar algún tipo de pronunciamiento de fondo, entiéndase por ello: *1)* el desarrollo de doctrina jurisprudencial planteada, y *2)* la aplicación del desarrollo de doctrina jurisprudencial en el caso concreto.

II. De la Casación de Oficio.

Quinto. El recurso de casación de oficio está previsto en el inciso 1 del artículo 432 del Código Procesal Penal, el cual señala: *"(...) sin perjuicio de las cuestiones que* ***sean declarables de oficio en cualquier estado y grado del proceso.*** *"* (Resaltado nuestro); sin embargo, no se encuentra regulado en forma taxativa, ni se da mayor referencia cómo o cuándo debe aplicarse, ni bajo qué fundamentos se puede invocar.

Casación de oficio: tipificación

Sexto. La casación de oficio debe ser entendida como una segunda casación excepcional, toda vez que uno de sus fundamentos radica en inciso 4, del artículo 427 del Código Procesal Penal; en la experiencia jurisdiccional se ha observado que los recursos de casación excepcionales presentados por alguna de las partes de un proceso penal (Ministerio Público, Imputado, Actor Civil, Tercero civil), se declaran inadmisibles por cuestiones estrictamente formales; es decir, cumplir con disposiciones del inciso 3 del artículo 430 del Código Procesal Penal —fundamentar respecto al punto que pretende se desarrolle como doctrina jurisprudencial—.

Casación de oficio como 2.ª casación excepcional

Sétimo. Pero qué pasa, si en efecto, la casación excepcional interpuesta —aunque defectuosa formalmente— deja ver un tema de interés casacional para la Corte Suprema, por cumplir alguno de los fundamentos ya citados en la Queja NCPP N.º 66-2009-La Libertad u otro debidamente justificado; o cuando interponen recurso de casación ordinaria, mas no invocan o justifican correctamente conforme a la norma procesal penal —por ejemplo el inciso 1 del artículo 430 del Código Procesal Penal— declarándose inadmisible; pero la Corte Suprema puede advertir que sí existe la configuración de alguna de las causales del artículo 429 del citado Código. En ambos supuestos el recurso debe ser admitido para que el caso en concreto sea evaluado.

Octavo. Es decir, el recurso de casación de oficio se presenta como una excepción a la formalidad exigida en la norma procesal, yendo más allá, actuando en pro de los fines últimos de la casación —Nomofilaquia, Uniformización de la Jurisprudencia, y Dikelogíco[1]—. En el mismo sentido se pronuncia Moreno Rivera[2] señalando que: *"(...) la casación oficiosa opera como excepción, en primer lugar frente al principio de limitación en segundo frente al carácter rogado del recurso (...)"* asimismo la Corte Suprema -Colombiana- tiene una inexorable obligación de

Carácter excepcional de la casación de oficio

1 Cfr. San Martin Castro, César, *Derecho Procesal Penal*, INPECCP-CENALES, Lima, Perú, 2015, pg. 709.

2 Moreno Rivera, Luis Gustavo, *La Casación Penal*, Ediciones Nueva jurídica, Bogotá, Colombia, 2013, pg. 71.

"asumir el conocimiento de la casación por vía oficiosa permitiendo la consecución de los fines señalados para el recurso".

Noveno. Así, la casación de oficio para que sea admitida para desarrollo de doctrina jurisprudencial -inciso 4, del artículo 427 del Código Procesal Penal- o por casación ordinaria -inciso 1, 2, y 3 del artículo 427 del citado Código-, siempre encontrará su fundamento de admisión en la concurrencia de alguna de las causales del artículo 429 del Código Procesal Penal, que denotan alguna afectación grave a garantías, o derechos constitucionales de carácter procesal o material; por tanto, encuentra sus raíces en el principio general del derecho procesal, *iure novit curia* —El Juez conoce el derecho—.

Fundamento de admisión de la casación de oficio

Décimo. Una de las características principales del recurso de casación de oficio es su **discrecionalidad**. Es decir, procede a exclusiva discrecionalidad del Tribunal Supremo —**y en cualquier momento del proceso**—. Lo que no está regulado taxativamente en la norma procesal penal, pero ha sido interpretado por esta Corte Suprema en otras oportunidades, por ejemplo la Casación Nº 148-2010/ Moquegua. La discrecionalidad, la casación de oficio debe estar bien fundamentada; la calificación de oficio de determinado caso debe sostenerse en la posibilidad de una grave afectación de derechos o garantías constitucionales que se pueden haber afectado durante el proceso, que terminarían viciando la resolución arribada —se debe amparar en alguna de las causales del artículo 429 del citado código—. La justificación, para ser correcta como ya lo ha señalado el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia no debe ser extensa, pues basta con ser precisa y coherente.

Discrecionalidad de la casación de oficio

Décimo primero. Ahora desarrollaremos cómo se procede con este tipo recurso después de su admisión:

> **Regla General.-** Nuestro Código Procesal Penal regula la interposición y admisión del recurso de casación en su artículo 431, señalando:
>
> "1. Concedido el recurso de casación, el expediente quedará diez días en la Secretaría de la Sala para que los interesados puedan examinarlo y presentar, si lo estiman conveniente, alegatos ampliatorios.
>
> 2. Vencido el plazo, se señalará día y hora para la audiencia de casación, con citación de las partes apersonadas. La audiencia se instalará con la concurrencia de las partes que asistan. **En todo caso, la falta de comparecencia injustificada del**

Fiscal, en caso el recurso haya sido interpuesto por el Ministerio Público, o del abogado de la parte recurrente, dará lugar a que se declare inadmisible el recurso de casación. (...)" (Resaltado Nuestro)

Regulación y desarrollo de la casación

Décimo segundo. Lo resaltado precedentemente resulta de interés para establecer las particularidades del recurso de casación de oficio. Como se advierte, pese a una calificación positiva, el recurso de casación puede devenir en inadmisible ante la inconcurrencia de la parte recurrente a la audiencia de casación. Analizado fuera del marco de la casación de oficio dicha normativa guarda sentido, pues se advierte que si el sujeto recurrente —supuesto agraviado— desacata una notificación de asistir a la audiencia de casación sin mayor justificación, constituye una aceptación tácita de la sentencia u resolución inicialmente recurrida.

Inadmisibilidad de la casación

Décimo tercero. La casación de oficio se promueve por interés del Tribunal Supremo, que busca más allá del caso en concreto, y las limitaciones formales del recurso, un pronunciamiento jurídico —de estricto derecho— con dos fines principales: ***1)*** Enriquecer la prudencia y ***2)*** Evitar que las malas interpretaciones, ambigüedades o vacíos legislativos, puedan generar la vulneración de derechos o garantías constitucionales.

Casación de oficio: fines

Décimo Cuarto. La regulación que brinda el Código Procesal Penal referente a la desestimación del recurso de casación por inconcurrencia de la parte interesada en el proceso, no concuerda y colisiona con los fines de la casación de oficio.

Décimo quinto. La audiencia de casación de oficio se llevará a cabo con o sin la presencia de las partes, a quienes se cita a fin que realicen las argumentaciones que considere, siempre garantizando ampliamente el ejercicio del derecho de defensa, pero a las cuales no puede obligárseles concurrir a una audiencia que si bien fue promovida por alguno de ellos, fue declarada inadmisible la calificación de su recurso. Es del mismo criterio la Corte Suprema Colombiana la cual, en su sentencia del 31 de agosto de 2005 con ponencia del magistrado Jorge Luis Quintero Milanés donde señalo: "(...) el derecho a la prerrogativa que tienen los sujetos procesales de desistir el recurso extraordinario de casación no puede impedir a la Corte, como órgano límite de la jurisdicción ordinaria y guardiana de la Constitución Política, enmendar la irregularidades atentatorias contra los derechos fundamentales, so pretexto de la finalización o culminación de su competencia por razón del desistimiento, máxime cuando el debido proceso como máxima expresión del principio de legalidad se erige en garantía fundamental.

No obligatoriedad de las partes a la audiencia de casación de oficio

Lo contrario implicaría una actitud permisiva e inadmisible frente a una decisión injusta, sin sustento legal y, por lo mismo constitutiva una vía de hecho (...)".[3] Es de notar que en la regulación de la casación oficiosa en Colombia, no se celebra una audiencia de casación, por considerarlo innecesario[4].

Décimo sexto. Por tanto, la Corte Suprema emitirá un pronunciamiento de fondo haciendo un juicio de estricto derecho en el caso concreto, que sirvan para enriquecer o cubrir espacios hasta el momento ambiguos o que no han sido tratados, en relación al caso. Mediante la casación de oficio el Tribunal Supremo puede pronunciarse en el fondo del caso concreto pese a la inconcurrencia de las partes, encontrando como límite de su pronunciamiento la garantía constitucional de la prohibición de la reforma en perjuicio. Por tanto, si se trata del imputado solo se puede arribar a una absolución o a una nulidad de la sentencia recurrida, nunca a una sentencia condenatoria, y si es el actor civil a fijar, mantener o mejorar la reparación civil establecida.

No obligatoriedad de las partes a la audiencia de casación de oficio

III. Pronunciamiento de Oficio de la Corte Suprema

Décimo sétimo. Sentado lo anterior, en el presente caso esta Corte Suprema emitirá pronunciamiento en los siguientes puntos:

> 1. Nos pronunciaremos sobre el desarrollo de doctrina jurisprudencial planteada acerca del *principio precautorio y el principio de in dubio pro reo.*
>
> 2. Asimismo, en esta etapa del proceso la Corte Suprema ha encontrado de interés desarrollar cuáles son y en qué consisten los elementos objetivos del tipo penal del artículo 310 del Código Penal —desbosque—, por advertir que dada su complejidad —por tratarse de una norma penal que se remite a definiciones en el ámbito del derecho ambiental, administrativo— su aplicación puede generar erróneas interpretaciones o aplicaciones —inciso 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal—, y teniendo en consideración el poco o nulo desarrollo de dicho tipo penal a nivel de doctrina y jurisprudencia, es necesario su esclarecimiento.

Décimo octavo. Del Principio Precautorio.- Los avances de la ciencia y la tecnología a lo largo de la historia han contribuido a favor y en contra

3 Rodríguez Chocontá, Orlando Alfonso, *Casación y Revisión Penal, evolución y garantismo*, Temis, Bogotá, Colombia, 2008, pg. 151.

4 Cfr. Moreno Rivera, Luis Gustavo, *La Casación Penal*, Ediciones Nueva jurídica, Bogotá, Colombia, 2013, pg. 73.

de la humanidad (entiéndase que gracias a los avances de la tecnología se pueden prevenir enfermedades, se encontraron métodos más efectivos de lucha contra diferentes males individuales y sociales; sin embargo, a su vez el avance tecnológico ha contribuido para poner en peligro el medio ambiente y con él la vida humana en la tierra, de no regularse a favor del medio ambiente). En ese sentido, al encontrarnos con nuevos riesgos —imprevisibles, inciertos e incuantificables— inclusive catastróficos como los asociados al calentamiento global, organismos genéticamente modificados, etc., y en general el cambio climático, generó en la sociedad la necesidad y obligación de crear modelos de carácter preventivo; en ese sentido, tal como lo señala el informe de grupo de expertos sobre el principio precautorio (2005)[5], se dieron tres etapas o modelos dentro de las políticas medioambientales a nivel internacional:

Principio precautorio y los modelos preventivos en las políticas medio ambientales

1.- Modelo Curativo –"*el que contamina paga*": Dado el crecimiento de la población y los grandes avances de la industrialización, el medio ambiente dejó de estar en condiciones de curarse a sí mismo; necesitando, la ayuda para reparar los daños que le infligían las actividades humanas (Tala de árboles, minería, etc.). Por razones de equidad y de viabilidad, los gobiernos procuraron repartir los costos económicos de esa intervención exigiendo que los que contaminaban sufragaran el gasto que suponía la contaminación.

2.- Modelo Preventivo – "*más vale prevenir que lamentar*": Entendiendo que el modelo curativo resultaba eficiente al estar acompañado de un modelo preventivo, se marcó una nueva etapa que busca la protección del medio ambiente, la característica principal de esta nueva etapa es la idea de que la ciencia es capaz de evaluar y cuantificar los riesgos con precisión, y de que era posible utilizar el principio de prevención[6] para eliminar o disminuir los daños futuros.

3.- Modelo Precautorio: Este tercer modelo surge por la necesidad de proteger al ser humano y a la naturaleza de riesgos inciertos resultantes de la acción del hombre. El nacimiento del Principio Precautorio[7] marcó el paso de un control de los riesgos posteriores al daño (responsabilidad civil como instrumento curativo) al nivel de control anterior al daño (medidas preventivas).

5 Cfr. En Informe del Grupo de Expertos sobre el Principio Precautorio, COMEST, Paris 25 de marzo de 2005.

6 Regulado en el Artículo VI del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente N° 28611.

7 El Principio Precautorio se regula en el Artículo VII del Título preliminar de la Ley General del Ambiente N° 28611.

Décimo noveno. Precaución significa adoptar medidas para proteger el medio ambiente y como consecuencia al ser humano, de los eventuales peligros de daños insubsanables -gravísimos-, generados por la actividad del hombre. La idea de precaución, y su aplicación a políticas medio ambientales y de salubridad no son nuevas, pues éstas datan del siglo XVII, así lo señala el informe *Lessons from Early Warnings* (Harremoës y otros, 200)[8]; y así han sido desarrolladas a nivel internacional.

Precaución: desarrollo

Vigésimo. Definiciones del Principio Precautorio en la legislación internacional:

1.- Aceptando que, a fin de proteger el Mar del Norte de los posibles efectos nocivos de la mayor parte de las substancias peligrosas, es necesario un **criterio de precaución** que puede requerir la adopción de medidas de control de los insumos de dichas substancias incluso antes del establecimiento de una relación causal mediante pruebas científicas absolutamente claras[9] (Resaltado nuestro).

2.- Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el c**riterio de precaución conforme a sus capacidades**. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación de medio ambiente.[10]

3.- 'El principio de precaución puede resultar necesario cuando los datos científicos sean insuficientes, poco concluyentes o dudosos, y cuando una evaluación científica previa ponga de manifiesto que se puede razonablemente temer que los efectos potencialmente peligrosos para el medio ambiente o la salud humana, animal o vegetal sean incompatibles con el elevado nivel de protección buscado por la Unión Europea'[11].

Principio precautorio en la legislación internacional

8 "El Dr. John Snow que en 1854 recomendó retirar las manijas de las bombas de agua en Londres para detener una epidemia de cólera. Las evidencias de la relación causal entre la propagación del cólera y el contacto con las bombas de agua eran débiles y de ninguna manera había una 'prueba que no admitiera dudas razonables'. Sin embargo, es amedida sencilla y relativamente poco onerosa, resultó sumamente eficaz para impedir el contagio." Visto en el Informe del Grupo de Expertos sobre el Principio Precautorio, COMEST, Paris 25 de Marzo de 2005, pág. 9.

9 Declaración de Londres (Segunda Conferencia Internacional sobre la Protección del Mar del Norte 1987).

10 Declaración de Río (Naciones Unidas 1992).

11 Comunicación de la UE sobre el PP (UE, 2000).

Vigésimo primero. Definición del Principio Precautorio en la legislación Nacional:

El principio precautorio en el Perú se encuentra regulado, de manera similar a la citada en la Declaración de Río de 1992, así lo encontramos en el artículo VII del Título Preliminar de la Ley General del Medio Ambiente, Ley Nº 28611:

> **Artículo VIII.- Del principio precautorio.** Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces y eficientes para impedir la degradación del ambiente.

Regulación en la legislación nacional del principio precautorio

Vigésimo segundo. De las referidas definiciones a nivel internacional y nacional del Principio Precautorio podemos coincidir con el *Informe del Grupo de Expertos sobre el Principio Precautorio*, cuando señalan que es aplicable al cumplirse con las siguientes condiciones: La existencia de un grado apreciable de incertidumbre, de hipótesis (modelos) sobre posibles daños que resulten científicamente razonables (basados en un razonamiento plausible desde un punto de vista científico), que la incertidumbre no pueda deducirse a corto plazo sin acentuar al mismo tiempo la ignorancia de los demás factores pertinentes mediante niveles más elevados de abstracción e idealización, **que el daño potencial sea suficientemente grave o incluso irreversible para las generaciones presentes o futuras o de otro modo moralmente inaceptable;** que sea indispensable proceder de inmediato, pues cualquier medida eficaz adoptada ulteriormente para contrarrestarlo resultaría mucho más difícil u onerosa.

Principio precautorio: condiciones para su aplicación

Vigésimo tercero. El Principio de In dubio Pro Reo.- El principio de *In dubio pro reo*, es un principio de rango constitucional que rige en el Derecho Procesal Penal -inciso 11, del artículo 139 de la Constitución Política del Perú: "*La aplicación de la ley más favorable al procesado en/ caso de duda o de conflictos entre leyes penales.*"

En ese sentido, el Tribunal Constitucional, Supremo Interprete de nuestra Constitución ha señalado que:

> "(...) "El indubio pro reo no es un derecho subjetivo. Se trata de un principio de jerarquía constitucional **cuyo fin es garantizar el cabal respeto del derecho fundamental a la libertad individual**, sea para resguardar su plena vigencia, sea para restringirlo de la forma menos gravosa posible, en el correcto entendido de que tal restricción es siempre la

Resaltado nuestro) [Principio indubio pro reo: desarrollo constitucional

> excepción y nunca la regla". Por lo tanto su aplicación queda librada a la culminación del proceso penal correspondiente, lo que no ha ocurrido en el caso de autos."[12]

Vigésimo cuarto. Mediante el citado principio se busca garantizar la aplicación del derecho penal sin contravención del derecho fundamental de la libertad personal. **Es por ello, que el proceso penal se rige por el concepto de certeza probatoria para determinar la responsabilidad penal de un sujeto imputado**, y como consecuencia impone una sanción.

Certeza jurídica y responsabilidad penal

En esa línea argumentativa es que existen sentencias absolutorias dictadas por duda razonable, pues pese a la existencia de elementos probatorios que acreditarían la configuración de un delito, no resultan suficientes para demostrar la responsabilidad penal del imputado, por tanto al no existir certeza jurídica, se declara la absolución.

Vigésimo quinto. Definidos y esclarecidos los conceptos de Principio Precautorio y Principio in dubio pro reo podemos afirmar que entre ellos no existe mayor conflicto o ambigüedad; en tanto el primero rige en el ámbito del derecho ambiental, y el segundo en el ámbito del derecho penal. Ambos con regímenes jurídicos totalmente distintos.

Vigésimo sexto. Dilucidado el tema de desarrollo de doctrina jurisprudencial, resulta ahora necesario referirnos a los elementos objetivos del tipo penal regulado en el artículo 310 del Código Penal, resaltando sus peculiaridades. Presenta los siguientes elementos, tanto objetivos como subjetivos:

En primer lugar, no requiere una cualidad especial en el **sujeto activo**, por lo que cualquier persona puede cometerlo.

En segundo lugar, la **acción típica** se compone de tres elementos objetivos. **A.** La existencia de bosques u formaciones boscosas sean naturales o plantaciones. Es decir este tipo penal se circunscribe a proteger la afectación únicamente de dicho territorio, así en los artículos 27 y 28 de la reciente Nueva Ley Forestal y de Fauna Silvestre[13], se definen las clases de bosques. **B.-** La afectación o el daño a dichas áreas naturales se debe dar mediante la destrucción, quema o tala del territorio total o parcial. Es decir para la configuración del presente ilícito debe verificarse una afectación (daño no tolerable que será definido bajo los

12 STC. Exp. N.º 2103-2003-HC/TC, Caso Méndez Conde, fundamento jurídico Nº 4.

13 Cfr. Con la similar regulación en el artículo 8 de la Ley Forestal y de Fauna Nº 27308.

principios del derecho ambiental[14]) generado por acciones de quema o tala. **C.-** Por último, debe comprobarse que las citadas acciones (destrucción, quema o tala) fueron realizadas sin el permiso, licencia, autorización o concesión otorgada por autoridad competente. Esto implica la necesidad de la existencia de una autoridad competente para emitir estos permisos; por tanto, es necesario que el ordenamiento jurídico haya otorgado competencia a un funcionario público o institución para emitirlos para determinadas actividades lícitas, caso contrario la conducta será atípica. Los permisos, autorizaciones u otros que se otorguen por la autoridad competente al referirse a acciones que afectan al medio ambiente deben ser detallados, claras, sin ambigüedades y encontrarse previamente reguladas en la normativa pertinente.

Tipicidad objetiva del art. 310 del Código Penal: elementos de la acción típica

Finalmente, se advierte que se trata de un delito doloso, quedando descartada toda posibilidad de interpretar la existencia de una modalidad culposa. La configuración de uno de sus elementos objetivos, como lo es la ausencia de autorización u otro documento facultativo, forma parte del conocimiento público que toda persona diligente debe conocer y respetar.

Artículo 310 del Código Penal: tipicidad subjetiva

Vigésimo sétimo. El tipo penal antes mencionado establece una limitación del lugar donde se puede dar la afectación al medio ambiente, como son los bosques u otras formaciones boscosas que sean naturales o plantaciones.

El tipo penal no precisa el origen de la competencia de la autoridad que a de emitir las autorizaciones o permisos. Por lo tanto, a efectos de su configuración, interesa la competencia de la autoridad, mas no su fuente. De ahí que ésta puede provenir de las distintas disposiciones normativas en sus diferentes grados; es decir, de rango constitucional, Ley, Decretos Supremos, entre otros. Lo importante es que se trate de una disposición que, válidamente, dote de competencia a la autoridad para emitir una autorización, permiso, u otro documento facultativo.

El tipo penal señala un número cerrado -*numerus clausus*- de actos administrativos, típicos para la configuración del delito, que son cuatro: Permiso, Autorización, Licencia, o Concesión[15]. Pudiendo, según sea

14 Cfr. Peña Cabrera Freyre, Alonso R., Derecho Penal-Parte Especial, Tomo IV, IDEMSA, Lima, Perú, 2013, pg. 316.

15 Permiso.- Es el acto de naturaleza administrativa mediante el cual la Autoridad Forestal y de Fauna Silvestre otorga derechos para el aprovechamiento forestal con fines comerciales o industriales en tierras de propiedad privada, bosques secundarios y de plantaciones forestales y en bosques locales. Autorización.- Es el acto de naturaleza administrativa mediante el cual la Autoridad Forestal y de Fauna Silvestre otorga el derecho al titular, para

el caso, configurarse el delito con la sola ausencia de cualquiera de dichos documentos, pese a contar con otros. **Ejemplo:** Se puede tener la **concesión** de un territorio -título que adjudica áreas del Estado a favor de un tercero-, pero no con la **autorización** de cambio de uso de tierra, título que facultaría al tercero a modificar el territorio adjudicado para otro fin.

Observancia al tipo penal del art. 310 del Código Penal

Vigésimo Octavo. Teniendo conocimiento de los permisos que se necesitan para el desarrollo de ciertas actividades en el medio ambiente con el fin de evitar la contaminación o destrucción ambiental, resulta necesario precisar que la autorización de desbosque, y la autorización de cambio de uso de tierra, en la legislación pasada (Ley N° 27308) y en la vigente (Ley N° 29763) tienen diferente regulación, evidenciando que son actos administrativos diferentes e independientes:

Así, la **Autorización de desbosque** a titulares de operaciones y actividades distintas a la forestal, se regulaban por el artículo 17 de la Ley N° 27308, por el artículo 76 del D.S. N° 014-2001-AG; por la Ley N° 27446 y el artículo 3 del D. S. N° 002-2003-AG, actualmente es por el artículo 36 de la ley N° 29763; y el caso de la **Autorización de cambio de uso** de tierras con cobertura boscosa y que tengan aptitud agropecuaria, en selva y ceja de selva se encontraba previsto por el D. S. N° 014-2001-AG, artículo 287 y el D.S. N° 010-2009-AG; y actualmente en el artículo 38 de la ley N° 29763. En dicho sentido, si bien se cuenta con un título de adjudicación, uno de cambio de uso de tierra, debe poseerse asimismo un título que faculte el desbosque.

Deslindes entre la autorización de desbosque y de cambio de uso

Vigésimo noveno. Precisado lo anterior debemos resaltar que sea cual fuese el delito que se impute en materia ambiental u otra, al estar en el marco de un proceso de derecho penal, el cual actúa siempre en *ultima ratio*, dada la fuerte intromisión que puede ocasionar en los derechos fundamentales de las personas, como el derecho a la libertad -de darse una sentencia condenatoria, con sanción de prisión privativa

el aprovechamiento sostenible de los bosques secos de la costa; para el establecimiento de especies forestales en viveros con fines de propagación, comercialización y conservación o con fines culturales; para el manejo y aprovechamiento de fauna silvestre en zoocriaderos, zoológicos, centros de rescate y centros de custodia temporal; el cambio de uso de tierras de aptitud agropecuaria de la selva; y, para la extracción de recursos forestales y de fauna silvestre con fines de investigación científico cultural (*Artículo 3° del Reglamento de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, aprobado mediante Decreto Supremo N° 014-2001-AG*). http://www.osinfor.gob.pe/osinfor/permisos-y-autorizaciones/. Actualmente se encuentran regulados a lo largo de los artículos 39 (Títulos habilitantes) y 40 (actos administrativos que no constituyen títulos habilitantes) del reglamento para la gestión forestal, decreto Supremo N° 018-2015 - MINAGRI.

de la libertad, debe regirse bajo los principios de certeza y seguridad jurídica. En ese sentido, el principio que rige el derecho penal como anteriormente se señaló es el *in dubio pro reo*, es decir, para determinar la concurrencia del delito y más aún la responsabilidad penal del sujeto imputado se necesita certeza (suficientes elementos probatorios que desvirtúen el derecho constitucional de presunción de inocencia), de lo contrario se absolverá por duda razonable.

IV. DECISIÓN

Por estos fundamentos declararon:

I. FUNDADO el recurso de casación de oficio en el proceso que se sigue contra Héctor Eduardo Dongo Martínez y Carlos Alberto Marcos Castro por la comisión del delito contra los Recursos Naturales, en la modalidad de atentado contra los bosques o formaciones boscosas en agravio del Estado.

II. ESTABLECIERON como doctrina jurisprudencial, los fundamentos jurídicos **Quinto a Décimo Sexto, y Vigésimo Quinto a Vigésimo Octavo** de la presente ejecutoria, los cuales se refieren a la regulación de la casación de oficio, la aplicación del principio precautorio (derecho ambiental) y principio in dubio pro reo (Derecho penal), así como la precisión de los elementos objetivos del tipo penal regulado en el artículo 310 del Código Penal.

III. ORDENARON se dé lectura de la presente sentencia casatoria en audiencia pública y se publique en el diario oficial El Peruano, de conformidad con lo previsto en el numeral tres del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal. Hágase saber.

S.S. VILLA STEIN / RODRIGUEZ TINEO / **PARIONA PASTRANA** / NEYRA FLORES / LOLI BONILLA

SECCIÓN QUINTA
La ejecución y las costas

I.
LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

1.
CASACIÓN N.º 189-2011-HUAURA
CRITERIOS PARA LA APLICACIÓN DE LA LIBERTAD ANTICIPADA

Casación	**N.º 189-2011-Huaura**
Fecha:	16.10.2013
Procedencia	Sala Penal Permanente
Tema	Criterios para la aplicación de la libertad anticipada
Doctrina jurisprudencial vinculante	ff. jj. n.ºs 9 (voto de la jueza Tello Gilardi), 4 (voto del juez Príncipe Trujillo-Análisis jurídico del caso planteado) y 4 (voto del juez Salas Arenas)
Concordancia	Código Procesal Penal: art. 491.1 y 491.3

SUMILLA:
Si bien existe la necesidad de desarrollar respuesta jurídica a los casos de petición de libertad anticipada, considero que ello debe ser realizado por el Poder Legislativo, y en consecuencia, no procede su aplicación, en tanto no exista regulación específica y motivada con fundamentos constitucionales al respecto

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 189-2011
HUAURA

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, dieciséis de octubre de dos mil trece

AUTOS y VISTOS; con la razón de relataría que antecede; y, **CONSIDERANDO:**

Primero. Que, el señor Fiscal Superior del Distrito Judicial de Huaura planteó casación por las causales previstas en los incisos uno y dos del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal y excepcionalmente para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial; que los señores Villa Stein, Rodríguez Tineo y Morales Parraguéz votaron porque se declare infundada la casación, y los señores Salas

Arenas y Neyra Flores porque se declare fundada la casación, en consecuencia nulo el auto de vista, y actuando en sede de instancia y pronunciándose sobre el fondo se confirme la resolución de primera instancia; que llamado el señor Príncipe Trujillo para dirimir la discordia se pronunció adhiriéndose al voto emitido por los señores Salas Arenas y Neyra Flores; que, al continuar la discordia se convocó a la jueza suprema señora Tello Gilardi para que se pronuncie al respecto.

Segundo. Que, el día de hoy la jueza Suprema señora Tello Gilardi cumplió con emitir el voto que le corresponde, que coincide con el emitido por los Jueces Supremos señores Salas Arenas, Neyra Flores y Príncipe Trujillo en el sentido que se declare fundada la casación excepcional por desarrollo de la doctrina jurisprudencial vinculada con las causales de inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal o material e inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad; por tanto, a la fecha hay cuatro votos conformes respecto a las causales planteadas y citadas; por lo que la votación final es cuatro votos porque se declare:

I. FUNDADA la casación interpuesta por el representante del Ministerio Público por las causales de inobservancia de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, e inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad, asimismo por la causal excepcional referida al desarrollo de la doctrina jurisprudencial; en consecuencia **NULA** la resolución de vista de fojas ciento veinte, del veinte de mayo de dos mil once.

II. Actuando en sede de instancia y emitiendo pronunciamiento de fondo: **CONFIRMARON** la resolución de primera instancia del tres de mayo de dos mil once, de fojas ciento seis, que declaró no ha lugar a la solicitud de libertad anticipada promovida por el condenado Oswaldo Gonzales Mejía.

III. MANDARON: Que la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura y las demás Cortes Superiores de los Distritos Judiciales que aplican el Código Procesal Penal, consideren ineludiblemente como doctrina jurisprudencial vinculante lo señalado en los votos respectivos, de conformidad con el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal.

Por estos fundamentos:

I. SEÑÁLESE audiencia de lectura de sentencia para el treinta y uno de octubre a las once de la mañana.

II. REMÍTASE oportunamente los actuados al lugar de origen, para los fines de ley; notifíquese y adjúntese el voto de la jueza suprema señora Tello Gilardi.

S. MORALES PARRAGUÉZ

EL VOTO DE LA SEÑORA JUEZA SUPREMA TELLO GILARDI, ES COMO SIGUE:

Lima, cinco de setiembre de dos mil trece

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación interpuesto por las causales de inobservancia de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, e inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad. Asimismo, por la causal excepcional referida al desarrollo de la doctrina jurisprudencial, interpuesto por el Fiscal Superior del Distrito Judicial de Huaura, contra el auto de vista de fecha veinte de mayo de dos mil once, de fojas ciento veinte, que revocó el auto apelado de fecha tres de mayo de dos mil once, de fojas ciento seis que declaró no ha lugar a la solicitud de libertad anticipada promovida por el condenado Oswaldo Gonzales Mejía; y reformándola,, declaró fundada su solicitud, disponiendo su excarcelación derivado del proceso —en ejecución de sentencia— que se le siguió por delito contra la familia —omisión a la asistencia familiar—, en agravio del niño Diego Oswaldo Gonzales Aranda.

ANTECEDENTES

Primero. Que, obra a folios tres la sentencia emitida por el juez del Juzgado Penal Unipersonal de Barranca, de fecha veintiséis de mayo de dos mil nueve, que dispone la reserva del fallo condenatorio, por el término de dos años contra Oswaldo Gonzales Mejía, por delito contra la familia —omisión de asistencia familiar—, en agravio del menor Diego Oswaldo Gonzales Aranda, bajo determinadas reglas de conducta —dentro de las cuales se consignó el cumplimiento del pago de las pensiones devengadas—, y fijó la reparación civil en la suma de ciento setenta y tres nuevos soles, la cual se pagará en veinticuatro meses consecutivos.

Segundo. Que obra a folios treinta y uno la resolución de fecha quince de setiembre de dos mil diez, la cual revocó el régimen de prueba a favor de Gonzales Mejía por el delito contra la familia —omisión de asistencia familiar—, en agravio del menor Diego Oswaldo Gonzales Aranda; asimismo, obra a folios cincuenta y tres, la resolución de fecha veinticinco de febrero de dos mil once, que condenó a Oswaldo Gonzales Mejía a dos años de pena privativa de la libertad efectiva, la misma que quedó consentida mediante resolución del nueve de marzo de dos mil once.

Tercero. Que, obra a folios ochenta y dos, el escrito de fecha veinte de abril de dos mil once de Gonzales Mejía, solicitando libertad anticipada al haber cumplido con el pago de las pensiones devengadas y la reparación civil, siendo que mediante resolución de fecha tres de mayo de dos mil once, el a quo resolvió declarar no ha lugar la solicitud de libertad anticipada (ver folios ciento siete).

Cuarto. Que, obra a folios ciento veinte la audiencia de apelación, realizada el veinte de mayo de dos mil once que declara fundado el recurso de apelación; en consecuencia, revocaron la resolución de primera instancia que declaró no ha lugar a la solicitud de libertad anticipada presentada por Gonzales Mejía y, reformándola, declararon fundado dicho pedido y se ordenó su excarcelación.

Quinto. Que, obra a folios ciento veintiséis, el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Superior de Huaura, invocando las causales previstas en los inciso uno y dos del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, esto es, por inobservancia de una garantía constitucional —como lo es el principio de legalidad— y de una norma legal de carácter procesal —que es la que contempla el artículo cuatrocientos noventa y uno, numeral tres, referido a la libertad anticipada—; así como por el supuesto excepcional de desarrollo de la doctrina jurisprudencial —regulada en el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal—, la misma que mediante resolución de fecha nueve de mayo de dos mil once a folios ciento treinta y uno, el Colegiado Superior resolvió conceder el recurso de casación por todas las causales solicitadas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Del instituto de la libertad anticipada

Sexto. Que, previamente a emitir el voto dirimente, corresponde hacer algunos alcances respecto a esta figura incorporada por el legislador en el inciso 3 del artículo 491 del Código Procesal Penal: "Los incidentes relativos a la libertad anticipada, fuera de los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional y de la medida de seguridad privativa de libertad, y aquellos en los cuales, por su importancia, el juez de la Investigación Preparatoria lo estime necesario, serán resueltos en audiencia oral, por los órganos de prueba que deben informar durante el debate".

Incidentes de modificación de la sentencia

Séptimo. Que, por primera vez se incorpora esta figura jurídica, diferenciándola de otros supuestos de obtención de libertad con posterioridad a la imposición de una sentencia condenatoria firme a pena privativa efectiva de la libertad; sin embargo, no se ha precisado cuáles son dichos supuestos; debiendo entenderse que se trata de una denominación general que se circunscribe a definir una competencia precisa y un procedimiento legal cuando la aplicación de un instituto de derecho material lleve como efecto la libertad del sentenciado.

Criterios para la aplicación de la libertad anticipada

Octavo. Por ello, comparto los fundamentos esgrimidos en los votos a folios treinta y dos y cuarenta nueve del cuaderno formado en esta instancia, en el sentido de que si bien es cierto que nuestro ordenamiento penal la contempla como una figura permisiva referida a la recuperación

de la libertad ambulatoria del encausado que ha sido privada de ella, en virtud a una sentencia condenatoria firme, distinta a la de los beneficios penitenciarios —cuyo tratamiento se realiza en el Código de Ejecución Penal— también lo es que presenta una limitación para su aplicación, debido a la ausencia de regulación normativa de carácter material que desarrolle el procedimiento de acceso, alcance, requisitos y demás efectos de la citada institución, por lo que, estando al principio de legalidad que informa el Derecho Penal y, en especial, al principio de reserva de la ley, se requiere de regulación legal que desarrolle dicha institución.

Naturaleza de la libertad anticipada

Noveno. De este modo, si bien existe la necesidad de desarrollar respuesta jurídica a los casos de petición de libertad anticipada, considero que ello debe ser realizado por el Poder Legislativo, y en consecuencia, no procede su aplicación, en tanto no exista regulación específica y motivada con fundamentos constitucionales al respecto, de no colisionar con los derechos constitucionales, referidos al principio de legalidad, cosa juzgada y tutela jurisdiccional efectiva previstos en el artículo dos, inciso veinticuatro, acápite d), artículo ciento treinta y nueve, inciso dos y tres de la Constitución Política del Estado, respectivamente.

Límite a la aplicación de la libertad anticipada

Análisis de la controversia materia de la discordia

Décimo. Bajo este marco jurídico se analiza la materia controvertida, en la cual se advierte que al sentenciado Gonzales Mejía inicialmente se le reservó el fallo condenatorio por el término de dos años bajo el cumplimiento de determinadas reglas de conducta, entre ellas la de cumplir con el pago de los devengados de su obligación alimenticia; sin embargo, este incumplió dicha regla, por lo que se le revocó el régimen de prueba y se le impuso la pena de dos años de pena privativa de la libertad efectiva, disponiéndose su internamiento en el establecimiento carcelario, razón por la cual el sentenciado presentó su solicitud de libertad anticipada, adjuntando el pago total de su deuda, declarando el *a quo* no ha lugar a lo solicitado, siendo que el Superior Colegiado revocó dicha resolución y ordenó la libertad anticipada del encausado.

Décimo Primero. Que, conforme a lo regulado en los artículos 62 y siguientes del Código Penal, la reserva del fallo condenatorio es una medida alternativa a la pena privativa de libertad de uso facultativo para el juez, que se caracteriza fundamentalmente por la abstención del juez de dictar la parte resolutiva de la sentencia, es decir, la imposición de la condena y el señalamiento de la pena concreta para el sentenciado

Reserva del fallo condenatorio

culpable1, fijándose en su lugar un régimen de prueba sujeto al cumplimiento de reglas de conducta.

Décimo Segundo. De allí, que conforme a lo establecido en el inciso 3 del artículo 65 del Código Penal el régimen de pruebas debe ser revocado si durante su vigencia, no se cumplen las reglas de conducta impuestas. En este contexto, el juez procede a condenar al agente y a determinar la aplicación de la pena que corresponde al delito, la misma que debe ejecutarse en sus propios términos, en atención a lo señalado en el artículo 66 del citado Código.

Revocación del régimen de prueba

Décimo Tercero. En consecuencia, la revocatoria del régimen de prueba —o de suspensión de ejecución de la pena— que da lugar a una sanción privativa de libertad efectiva, no puede convertirse en otra pena no privativa de libertad. Tal supuesto no está previsto en el Código Penal, pues no existe la revocatoria de la revocatoria, que llevaría a que la pena privativa de libertad impuesta a consecuencia de la revocatoria del régimen de prueba, nuevamente se convierta en una medida para obtener la recuperación de la libertad ambulatoria.

Restricción a la revocación del régimen de prueba

Décimo Cuarto. De adoptarse esta teoría, se incurriría, en flagrante violación del principio de legalidad penal y legalidad procesal penal, porque es la ley la que establece las medidas sancionadoras por el incumplimiento de las reglas de conducta en un caso de reserva del fallo condenatorio, y por ende, el juez ha de garantizar con todo rigor que lo dispuesto en aquel contexto, se cumpla en sus propios términos.

Décimo Quinto. Esta situación legal no ha sido observada en el presente caso. En efecto, como ha quedado detallado, el condenado incumplió las reglas de conducta impuestas y, por lo tanto, se le revocó el régimen de prueba y la reserva del fallo, imponiéndosele una pena privativa de libertad efectiva de dos años, que debió ejecutarse hasta su culminación. Sin embargo, la Sala Penal Superior le concedió el pedido de libertad asistida, con lo cual la sanción firme de condena no ha sido ejecutada en su totalidad.

Controversia en el caso concreto

Décimo Sexto. Dicho órgano judicial, consideró que tratándose de un delito de omisión a la asistencia familiar, y en atención a que el condenado había cancelado el íntegro de la liquidación de pensiones de alimentos adeudados, procedía su pedido de libertad asistida, a pesar que se encontraba privado de su libertad, a consecuencia de la situación jurídica descrita.

1 Ejecutoria Suprema de la Segunda Sala Penal Transitoria recaído en el R. N. 3332-04, Junín, fecha 23 de noviembre del 2005, jurisprudencia vinculante, f. j. 5.

Décimo Séptimo. Lamentablemente, se suele considerar que este tipo de delitos no reviste relevancia ni peligrosidad social, menos aun cuando el condenado al verse privado de su libertad, abonó el íntegro de las pensiones alimenticias impagas. Pero es todo lo contrario, no solo por la gran incidencia a nivel nacional, sino porque el que lo comete afecta bienes jurídicos que constituyen derechos fundamentales del alimentista, al ponerse en riesgo su propia subsistencia, salud y vida.

Problemática en el delito de omisión de asistencia familiar

Décimo Octavo. Además, en el caso concreto, el agente infractor, previamente estuvo sujeto a un juicio civil en el cual se le fijó el pago de pensiones alimenticias y, por no cumplir, se le procesó penalmente, siendo beneficiado con una reserva de fallo condenatorio que no ha respetado, pues continuó incumpliendo su obligación alimentaria, por lo que habiéndose hecho efectivo el apercibimiento de revocatoria del régimen de prueba, se le ha impuesto una sanción efectiva de condena; por lo que, en definitiva, a pesar de la cancelación de las pensiones devengadas, no cabe pedido de libertad anticipada, ya que no se puede amparar conversión alguna hacía una medida que de nuevo le otorgue libertad ambulatoria, al no estar prevista en la ley.

En atención a los fundamentos expuestos, me adhiero al voto de los Señores Jueces Supremos Salas Arenas, Neyra Flores y Príncipe Trujillo.

DECISIÓN

Por estos fundamentos: **MI VOTO** es por que se declare:

I. FUNDADO el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Superior del Distrito Judicial de Huaura, por las causales referidas a la inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal o material e inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad, así como la causal excepcional referida al desarrollo de la doctrina jurisprudencial, contra la resolución de vista de fojas ciento veinte, del veinte de mayo de dos mil once, que revocó la resolución de primera instancia de fojas ciento seis, del tres de mayo de dos mil once, que declaró no ha lugar la solicitud de libertad anticipada planteada por el condenado Oswaldo Gonzales Mejía; y reformándola declaró fundada su solicitud, disponiendo su excarcelación, derivada del proceso —en ejecución de sentencia— que lo condenó a dos años de pena privativa de la libertad efectiva, por la comisión del delito contra la familia —omisión de asistencia familiar—, en agravio del niño Diego Oswaldo Gonzales Aranda. En consecuencia **NULA** la resolución de vista de fojas ciento veinte, del veinte de mayo de dos mil once.

II. Actuando en sede de instancia y pronunciándose sobre el fondo: **CONFIRMO** la resolución de primera instancia de fecha tres de mayo de dos mil once, de fojas

ciento seis que declaró no ha lugar a la solicitud de libertad anticipada, promovida por el condenado Oswaldo González Mejía.

III. MANDO que la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura y las demás Cortes de los Distritos Judiciales donde está vigente el Código Procesal Penal, apliquen como doctrina jurisprudencial los criterios expuestos en el noveno considerando de la presente Ejecutoria Suprema, de conformidad con el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal.

IV. EXHORTAR al Congreso de la República a desarrollar la institución de la libertad anticipada (señalando en qué delitos procede, cuales son los presupuestos y requisitos, etc.), conforme al fundamento noveno, *supra.*

V. ORDENO se transcriba la presente Ejecutoria a las Cortes Superiores en las que se encuentra vigente el Código Procesal Penal para su conocimiento y fines, y se publique en el Diario Oficial *"El Peruano"*.

S. TELLO GIRALDI

EL VOTO DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO PRÍNCIPE TRUJILLO, ES COMO SIGUE:

Lima, doce de marzo de dos mil trece

VISTOS; en audiencia pública, el recurso de casación concedido la causal referida al desarrollo de la doctrina jurisprudencial, asimismo, por las causales de inobservancia de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, e inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad, interpuesto por el Fiscal Superior del Distrito Judicial de Huaura, contra la resolución de vista, de fojas ciento veinte, de veinte de mayo de dos mil once, que revocando la resolución de primera instancia, de fojas ciento seis, de tres de mayo de dos mil once, que declaró no ha lugar la solicitud de la defensa técnica del sentenciado Oswaldo Gonzales Mejía respecto a la libertad; reformándola: declaró fundada la solicitud de libertad anticipada a favor de Oswaldo Gonzales Mejía, disponiendo su excarcelación; derivado del proceso —en ejecución de sentencia— que lo condenó a dos años de pena privativa de la libertad efectiva, por la comisión del delito contra la familia —omisión a la asistencia familiar— en agravio del menor Diego Oswaldo Gonzales Aranda. Interviniendo como ponente el señor Príncipe Trujillo.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. DEL TRÁMITE DEL PROCESO EN PRIMERA INSTANCIA

Primero: Se tiene que Oswaldo Gonzales Mejía fue procesado por delito contra la familia —omisión de asistencia familiar—, en agravio del menor Diego Oswaldo

Gonzales Aranda, conforme a las normas previstas en el Código Procesal Penal del dos mil cuatro, que posibilitaron a Gonzales Mejía, en la fase de juicio oral, con anuencia de su abogado defensor, reconocer su autoría en el delito incriminado, así como el pago de la reparación civil, llegando, a consecuencia de ello, a un acuerdo con el representante del Ministerio Público, en observancia de las reglas establecidas para el ejercicio de la conclusión anticipada del juicio oral.

Que, corno consecuencia de la aplicación de la conclusión anticipada, se emitió sentencia de conformidad, de veintiséis de mayo de dos mil nueve, a fojas tres, que dispuso la reserva de fallo condenatorio, por el término de dos años, a favor del sentenciado Gonzales Mejía, por la comisión del precitado delito, imponiéndole el cumplimiento de determinadas reglas de conducta —dentro de las cuales se estableció el pago de los devengados (obligaciones alimentarias) y se fijó el monto de la reparación civil en ciento setenta y tres nuevos soles—.

Que habiendo ingresado el sentenciado a la fase de ejecución del régimen de prueba y al no haber efectuado ningún pago de la liquidación de las pensiones alimentarias devengadas, el Juez de Investigación Preparatoria de Barranca, mediante resolución de treinta y uno de marzo de dos mil diez, a fojas catorce, resolvió requerir al sentenciado el cumplimiento de su obligación alimentaria, bajo apercibimiento de aplicarse de forma progresiva lo dispuesto por el artículo sesenta y cinco del Código Penal.

Que, previo requerimiento de la revocatoria del régimen de prueba por parte del representante del Ministerio Público, se fijó fecha para la realización de la audiencia de revocatoria del régimen de prueba, señalada para el quince de setiembre de dos mil diez, cuya acta obra a fojas treinta, y en la que se constata que el Juez de la investigación Preparatoria resolvió revocar el régimen de prueba y, en consecuencia, ordenó remitir los actuados a fin de que el Juez Unipersonal cumpla con emitir el fallo que corresponda; lo que se hizo con la realización de la audiencia para fijar la pena mediante sentencia de conformidad, de fecha veinticinco de febrero de dos mil once, a fojas cincuenta y tres, en virtud de la cual se decidió revocar la reserva de fallo impuesta, condenando a Oswaldo Gonzales Mejía a dos años de pena privativa de libertad efectiva, decisión que mediante resolución de nueve de marzo de dos mil once, de fojas sesenta y uno, quedó consentida.

Tales circunstancias motivaron que el sentenciado Gonzales Mejía solicitara libertad anticipada, mediante escrito de fecha veinte de abril de dos mil once, que obra a fojas ochenta y dos, alegando haber cumplido con el pago de las pensiones devengadas y la reparación civil, razón por la cual el Juzgado de Investigación Preparatoria señaló fecha de audiencia de libertad anticipada a realizarse el tres de mayo de dos mil once, cuya acta obra a fojas ciento seis, y en la que se resolvió declarar no ha lugar la solicitud de libertad anticipada.

II. DEL TRÁMITE DEL PROCESO EN SEGUNDA INSTANCIA

Segundo: Que, la resolución judicial fue apelada por la defensa del condenado Gonzales Mejía, mediante escrito de fojas ciento doce, que fue elevado a la Sala Superior Permanente de la Corte Superior de Justicia de Huaura, a efectos de que lleve a cabo la audiencia de apelación, realizada el veinte de mayo de dos mil once, y cuya acta obra a fojas ciento veinte, y por la cual se declaró fundado el recurso de apelación y, en consecuencia, revocaron la resolución de primera instancia que declaró no ha lugar la solicitud de libertad anticipada deducida por el condenado y, reformándola, declararon fundada la concesión de la misma a favor de Gonzales Mejía; asimismo, dispusieron remitir el audio y registro de dicha audiencia a los jueces penales de la Corte Superior de Justicia de Huaura a efectos de considerar admisible la libertad anticipada en casos relacionados a la omisión a la asistencia familiar cuando esta ya ha sido cumplida.

III. DEL TRÁMITE DEL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL MINISTERIO PÚBLICO

Tercero: Leída la resolución de vista, el Fiscal Superior interpuso recurso de casación, mediante escrito de fojas ciento veintiséis, invocando las causales previstas en los incisos uno y dos, del artículo cuatrocientos veintinueve, del nuevo Código Procesal Penal, esto es, por inobservancia de una garantía constitucional —como es el principio de legalidad— y de una norma legal de carácter procesal —que es la que contempla el artículo cuatrocientos noventa y uno, numeral tres, referido a la libertad anticipada—; así como por el supuesto excepcional de desarrollo de la doctrina jurisprudencial —regulada en el artículo cuatrocientos veintisiete del citado Código—.

Cuarto: Mediante auto de fecha nueve de mayo de dos mil once, de fojas ciento treinta y uno, la Sala Penal Permanente de Apelación de Huaura, resolvió conceder el recurso de casación por las causales dispuestas en el artículo cuatrocientos veintinueve, incisos uno y dos del citado Código adjetivo, referidos a la "inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal" e "inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad", así como por la procedencia excepcional del recurso de casación para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, estipulado en el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veinte siete, del mismo corpus inris, elevándose la causa a este Supremo Tribunal con fecha uno de julio de dos mil once, como se corrobora del oficio, que obra a fojas uno del cuadernillo respectivo.

IV. DEL AUTO DE CALIFICACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

Quinto: Cumplido el trámite de traslado a los sujetos procesales por el plazo de diez días, esta Suprema Sala, mediante Ejecutoria del nueve de noviembre de dos

mil once —obrante en el cuadernillo formado por esta suprema instancia—, en uso de su facultad de corrección, admitió a trámite el recurso de casación por el motivo de excepcional de desarrollo de la doctrina jurisprudencial, expresado en el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, el cual señala que en circunstancias excepcionales será procedente el recurso de casación, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial con la finalidad de que: **i)** la Corte Suprema establezca y delimite los supuestos a partir de los cuales puede concederse libertad anticipada, esto es, si su procedencia es aplicable solo para los delitos de bagatela y cuáles son los requisitos esenciales que deben cumplirse para su concesión, y **ii)** la Corte Suprema uniformice los criterios y alcances respecto a los diversos pronunciamientos que existen sobre el tema y fije una línea jurisprudencial; vinculado todo ello a las causales contempladas en los incisos uno y dos del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal referidas a: **a)** la inobservancia de las garantías constitucionales de carácter procesal; e, **b)** inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad.

Sexto: Instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación el día de la fecha, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, el estado de la causa es el de expedir sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. DEL ÁMBITO DE LA CASACIÓN

Primero: Conforme ha sido precisado por la Ejecutoria Suprema del nueve de noviembre de dos mil once, que obra a fojas diez —del cuadernillo de casación—, el motivo de casación admitido en el presente caso se refiere al desarrollo de la doctrina jurisprudencial en conexión a los supuestos desarrollados en los incisos uno y dos del artículo cuatrocientos veinte nueve del Código Procesal Penal.

Motivos de la Casación

Los fundamentos del recurso de casación planteado por el representante del Ministerio Público, que obra a fojas ciento veintiséis, expresan que los Jueces Superiores emitieron pronunciamiento inobservando garantías constitucionales de carácter procesal y de normáis legales de carácter procesal, lo cual derivó en una interpretación en *mala praxis* del inciso tres del artículo cuatrocientos noventa y uno del nuevo Código rituario, vulnerando con ello el principio de legalidad.

En ese sentido, advierte el recurrente que el condenado Oswaldo Gonzales Mejía, a quien inicialmente se le reservó el fallo condenatorio por el término de dos años, bajo determinadas reglas de conducta, entre ellas, la de efectuar el pago de los devengados de la obligación

alimentaria, en determinado periodo, incumplió con su obligación, motivando la revocación del beneficio otorgado —reserva de fallo— y, en consecuencia, fue condenado a pena privativa de la libertad efectiva, por lo que se dispuso su internamiento en el establecimiento penitenciario respectivo. En esta etapa, el sentenciado solicitó libertad anticipada, afirmando haber pagado la suma adeudada, pedido que fue rechazado, por el Juez de la Investigación Preparatoria —quien declaró infundada su solicitud—, argumentado que ese beneficio solo se concede en casos de enfermedad; resolución que al ser apelada por el condenado, fue revocada por Sala Superior que ordenó su excarcelación. Agrega el Fiscal Superior que el sentenciado Oswaldo Gonzales Mejía "no debió obtener la libertad anticipada por el solo hecho de cumplir con el pago de las pensiones alimentarias, sino que debe cumplir con cualquiera de los beneficios penitenciarios previstos en el Código de Ejecución Penal".

II. DEL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL DE APELACIÓN

Segundo: Del audio de la audiencia de apelación que obra a fojas ciento veintiuno, se constata que el Colegiado Superior resolvió revocar la resolución de primera instancia, que declaró no ha lugar el pedido de libertad anticipada, bajo el argumento de que esta figura opera cuando estamos frente a casos de pago de obligación de pensiones alimenticias, y al haber sido esta ya satisfecha, no obstante que la reserva haya sido revocada por pena efectiva, no existe motivo suficiente para que a una persona que ya cumplió, aunque sea *a posteriori* con el pago de las pensiones devengadas, siga privado de su libertad, toda vez que se estaría atentando contra los derechos superiores del niño y del adolescente, en cuanto aspectos alimentarios; esto es, al haber sido pagado los devengados ya no existe motivo para esperar que opere el beneficio penitenciario y que una persona siga privada de su libertad; por estas consideraciones, la Sala penal decidió revocar la venida en grado y declarar fundada la solicitud de libertad anticipada, ordenando la excarcelación del justiciable y disponiendo se oficie a los órganos de primera instancia a fin de que tomen conocimiento de que la libertad anticipada es posible cuando se haya cumplido, en casos de omisión a la asistencia familiar, con el pago de las pensiones alimenticias.

Fundamentos de la Apelación

III. DEL MOTIVO CASACIONAL: DESARROLLO DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Tercero. La procedencia del recurso de casación se encuentra condicionada a la concurrencia de alguna de las causales establecidas en el artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, razón que convierte a la casación en un recurso de carácter extraordinario, que se concede solo frente a determinadas resoluciones y que se articula en función a específicas causales o motivos normativamente prefijados. En ese sentido, la citada norma procesal, en su inciso cuarto, dispone que excepcionalmente será procedente el recurso de casación cuando no se verifique la concurrencia de los supuestos antes señalados taxativamente, y siempre que la Sala Penal de la Corte Suprema considere necesario su admisión para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

En atención a los considerandos precedentes, el desarrollo de la presente sentencia casatoria se circunscribe al establecimiento de la posibilidad de desarrollo de determinados criterios aplicativos de la figura de la libertad anticipada incorporada por el legislador y prevista en el inciso tres del artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal, en tanto no se advierte en la norma procesal los supuestos o causales que habiliten su aplicación a casos concretos en los que los sujetos procesales vienen solicitando ser favorecidos por la libertad anticipada, lo que a su vez genera en los tribunales, a nivel nacional, criterios divergentes en su implementación.

IV. EL ANÁLISIS JURÍDICO DEL CASO PLANTEADO

4.1. Del análisis de la libertad anticipada

El inciso tres del artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal establece la figura de la libertad anticipada en los siguientes términos: "Los incidentes relativos a la libertad anticipada, fuera de los beneficios penitenciarios de semilibertad y de liberación condicional y de la medida de seguridad privativa de libertad, y aquellos en los cuales, por su importancia, el juez de la Investigación Preparatoria lo estime necesario, serán resueltos en audiencia oral, citando a los órganos de prueba que deben informar durante el debate".

La figura de la libertad anticipada

De la citada norma procesal es posible señalar, preliminarmente, que la libertad anticipada constituye una figura excarcelatoria o de recuperación de la libertad ambulatoria, cuyos efectos se dirigen al sentenciado que padece pena privativa de la libertad efectiva y que se

Efectos de la aplicación de la libertad anticipada

diferencia de los beneficios penitenciarios —cuyo desarrollo, ámbito y criterios de aplicación se ubican en el Código de Ejecución Penal—.

La problemática que genera la presencia de la libertad anticipada en nuestro ordenamiento jurídico procesal penal se puede resumir de la siguiente manera:

a) La ausencia de reglas de aplicación en la medida que el desarrollo normativo de esta figura no ha sido cumplido por el Código Procesal Penal, lo que se manifiesta en el desconocimiento del ámbito de aplicación de esta figura —a qué delitos se aplica— y, la falta de presupuestos o requisitos que permitan al órgano jurisdiccional implementarlo —cuáles son las reglas, pautas o criterios—.

b) Desconocimiento de la naturaleza jurídica o significado de la libertad anticipada por parte de los magistrados a nivel nacional.

La problemática derivada de la libertad anticipada

Para poder realizar un adecuado análisis de la figura citada es necesario realizar una interpretación sistemática del inciso tres del artículo cuatrocientos noventa y uno del mencionado Código adjetivo, respecto a todas las normas procesales en su conjunto y los demás textos normativos de carácter penal.

La ejecución de la sentencia penal

El Libro Sexto del Código Procesal Penal regula el proceso de ejecución de la sentencia y costas. La Sección I está destinada a la ejecución de la sentencia penal y se encuentra compuesta de nueve artículos. El artículo cuatrocientos ochenta y ocho, inciso dos, faculta al Juez de la Investigación Preparatoria conocer los requerimientos y observaciones que legalmente correspondan y que formulen el condenado y las demás partes legitimadas respecto de la ejecución de la sanción penal, de la reparación civil y de las demás consecuencias accesorias impuestas en la sentencia. Asimismo, el artículo cuatrocientos ochenta y nueve dispone que la ejecución de las sentencias firmes sea de competencia del Juez de la Investigación Preparatoria, salvo lo dispuesto por el Código de Ejecución Penal respecto de los beneficios penitenciarios.

La ejecución de las sentencias condenatorias firmes

De lo expuesto se puede afirmar que: **i)** durante la ejecución de la sentencia penal es posible plantear los denominados incidentes de ejecución, ***ii)*** es el Juez de la Investigación Preparatoria quien tiene la competencia general para conocer de los incidentes de ejecución. Son incidentes de ejecución todas aquellas cuestiones, de naturaleza contenciosa, promovida por las partes procesales o de oficio por el juez, que surgen con ocasión de la ejecución de una sentencia firme[2], que

2 San Martín Castro, César, *Incidente de ejecución procesal de la pena. La Libertad anticipada*, Lima, 2012, p. 3.

se encuentran dispuestos en el inciso uno del artículo cuatrocientos noventa y uno: se tramitan por vía incidental la conversión y revocación de la conversión de la pena, o la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena y de la reserva de fallo condenatorio, y la extinción o vencimiento de la pena.

Incidentes relativos a la conversión y revocación de la conversión de penas

Asimismo, el artículo cuatrocientos noventa y uno, inciso uno, establece la posibilidad de plantear la operatividad de la conversión y revocación de la conversión de la pena, o la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena y de la reserva de fallo condenatorio, y la extinción o vencimiento de la pena, mediante su tramitación como incidentes de ejecución de sentencia de competencia del Juez de Investigación Preparatoria. En tanto que el inciso tres de la citada norma, por un lado, invoca la figura de libertad anticipada como una institución cuyo cauce procedimental se realizará vía incidental y, por otro lado, la distingue de los beneficios penitenciarios.

Distinción entre la libertad anticipada respecto de los beneficios penitenciarios

En consecuencia, es necesario diferenciar que el Código Procesal Penal —en su artículo cuatrocientos noventa y uno— regula toda la dinámica relativa a la ejecución de la sentencia condenatoria vía procedimiento incidental, de competencia del Juez de Investigación Preparatoria; mientras que los casos de ejecución de la sanción penal, como los beneficios penitenciarios excarcelatorios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional, se rigen claramente por lo dispuesto en el Código de Ejecución Penal y son de competencia del Juez Penal Unipersonal. La misma norma en comentario, en su inciso tres, realiza un claro distingo entre libertad anticipada como una institución procesal, y los beneficios penitenciarios.

4.2. Inaplicabilidad de la libertad anticipada al caso concreto

Operatividad de la libertad anticipada

La operatividad de la libertad anticipada no encuentra fundamento debido a la ausencia de normatividad que desarrolle los presupuestos de acceso, alcances y efectos, lo que, en primer lugar, origina ilegitimidad en su aplicación y, en segundo lugar, su imposición discrecional, por parte de los órganos jurisdiccionales a nivel nacional, ocasionando con ello consecuencias negativas que se expresarían en la concesión de libertad a quien previamente se le revocó la suspensión de la ejecución de la pena o la reserva de fallo —precisamente por incumplir reglas de conducta—, por el solo hecho —en casos de omisión a la asistencia familiar— de pagar la obligación pecuniaria derivada de una pensión de alimentos.

Frente a casos en los que al autor del delito de omisión a la asistencia familiar se le haya reservado el fallo o suspendido la ejecución de la pena privativa de libertad e ingrese, en ejecución de sentencia, a un régimen de prueba, con el establecimiento de determinadas reglas de conducta, dentro de ellas la obligación de satisfacer la deuda derivada de las pensiones alimenticias, regla de conducta que incumple, razón por la que se le revoca la medida impuesta inicialmente, dictándose, en consecuencia, el fallo de condena correspondiente a una pena privativa de libertad efectiva; en tal hipótesis, solo es posible su excarcelación por cumplimiento de los respectivos beneficios penitenciarios y no por un pedido de libertad anticipada.

La libertad anticipada aplicada a estos casos desnaturalizaría el sentido del procedimiento de ejecución de la sentencia y con ello el respeto a instituciones como la reserva de fallo, suspensión de ejecución de la pena privativa de libertad, los beneficios penitenciarios y la conversión de las penas.

Los tribunales de los Distritos Judiciales de Huaura y La Libertad vienen concediendo solicitudes de libertad anticipada bajo criterios disímiles, ya sea por delitos de omisión a la asistencia familiar o por violación de la libertad de trabajo[3], argumentando a favor de su concesión causales como la existencia de enfermedad grave, pago total de la obligación alimentaria y de la reparación civil y la poca gravedad del ilícito; todo lo cual resulta inadmisible, más aun si tomamos en cuenta que en los delitos de omisión a la asistencia familiar, el autor del delito, primero, durante el desarrollo del proceso y luego, en la fase en la que el juzgador le reserva el fallo o le suspende la ejecución de una pena privativa de libertad, tuvo la oportunidad de cumplir con el pago de la obligación alimentaria y no lo hizo, y *a posteriori* lo hace cuando se ve privado de su libertad por la revocación de la medida que lo favorecía.

4.3. Inaplicabilidad de la libertad anticipada

Por lo antes expuesto, la libertad anticipada constituye una institución de naturaleza procesal solo citada en la norma y no desarrollada por el legislador; vale decir, no existe una definición normativa sobre la naturaleza que corresponda asignar a esta institución, toda vez que no es posible inferir del artículo cuatrocientos noventa y uno, inciso tres,

3 Los incidentes de libertad anticipada se han registrado en el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria, por el delito de violación de la libertad de trabajo, Expediente N.º 05209-2007 y en el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo, por el delito de omisión a la asistencia familiar, Expediente N.º 5039-2008.

su estructura, presupuestos, operatividad y efectos que permitan la aplicación de esta medida. El Código Penal, en su Capítulo III, regula los casos de conversión de la pena privativa de la libertad, el Capítulo IV hace lo mismo respecto a la suspensión de la ejecución de la pena, y el Capítulo V destina sus preceptos al desarrollo de la reserva del fallo condenatorio; del mismo modo, el Título V, del Libro I, del Código sustantivo regula todo lo concerniente a la extinción de la acción penal y de la pena; lo propio hace el Código de Ejecución Penal con los beneficios penitenciarios excarcelatorios; todas estas instituciones de naturaleza penal y de ejecución penal encuentran desarrollo normativo en sus respectivos códigos; la libertad anticipada siendo una figura jurídica de carácter procesal no está regulada en el Código adjetivo.

Falta de desarrollo normativo de la libertad anticipada

La Constitución en su artículo ciento treinta y nueve, inciso ocho, consagra el principio de "no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley", en virtud del cual el juez tiene la obligación de aplicar la norma jurídica adecuada al caso sub júdice; siendo así, el vacío o deficiencia de la ley no exoneran al juzgador de administrar justicia, lo que deberá hacer aplicando los principios generales del Derecho y el Derecho consuetudinario. La interpretación sistemática del ordenamiento jurídico es un procedimiento de explicación del significado de los textos legales, que parte de los textos mismos y de las relación entre sus partes, y que consiste en la búsqueda del significado de la norma dentro del sistema jurídico[4]. La existencia de lagunas en la normativa es la conclusión a la que se llega producto del examen hermenéutico sistemático y que se produce cuando debiera haber una norma reguladora y ella no existe, lo que constituye un supuesto de ausencia de norma y necesidad que ella exista, por tanto, las denominadas "lagunas del Derecho" solo pueden superarse haciendo uso de: **a)** la aplicación supletoria otra norma jurídica, **b)** interpretar extensivamente, **c)** apoyarse en la analogía, o **d)** tomar otras fuentes del Derecho como los principios generales del Derecho y el Derecho consuetudinario. Trasladando estas consideraciones al caso concreto, la libertad anticipada es una figura jurídica procesal incorporada por el legislador que no encuentra correlación legislativa en nuestro ordenamiento jurídico interno y carece de referentes en la legislación comparada; en ese entendido, realizar una interpretación extensiva —la que solo puede efectuarse sobre la base de una figura jurídica regulada extendiendo sus alcances— o analógica de la libertad anticipada, asimilándola a un beneficio penitenciario o tratándola como un caso

Vacío de la ley e interpretación sistemática

4 Rubio Correa, Marcial, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, t. V, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 199, p. 95.

de conversión de la pena, no podría efectuarse sin vulnerar con ello el principio de legalidad procesal y afectar los parámetros de otras instituciones jurídicas debidamente delimitadas. Por lo expuesto, considero que existen suficientes elementos de razonabilidad para afirmar que la libertad anticipada no debe ser admitida y aplicada por los jueces a nivel nacional; en todo caso, corresponde al Poder Legislativo elaborar reglas de determinación que permitan aplicar tal institución —que tal y como está prevista se encuentra vacía de contenido— y justifiquen la imposición de las decisiones jurisdiccionales de los tribunales nacionales.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. ME ADHIERO al voto de los señores Jueces Supremos Salas Arenas y Neyra Flores que declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Superior del Distrito Judicial de Huaura, por las causales referidas a la inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal o material e inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad, así como por la causal excepcional referida al desarrollo de la doctrina jurisprudencial, contra la resolución de vista de fojas ciento veinte, del veinte de mayo de dos mil once, que revocó la resolución de primera instancia de fojas ciento seis, del tres mayo del dos mil once, que declaró no ha lugar la solicitud de libertad anticipada planteada por la defensa del condenado Oswaldo Gonzales Mejía; y reformándola declaró fundada su solicitud, disponiendo su excarcelación; derivada del proceso —en ejecución de sentencia— que lo condenó a dos años de pena privativa de la libertad efectiva, por la comisión del delito contra la familia —omisión al asistencia familiar— en agravio del menor Diego Oswaldo Gonzales Aranda. En consecuencia: **NULA** la resolución de vista de fojas ciento veinte, de veinte de mayo de dos mil once.

II. Actuando en sede de instancia y pronunciándose sobre el fondo: **CONFIRMARON** la resolución de primera instancia, de fecha tres de mayo de dos mil once, que declaró no ha lugar la solicitud de libertad anticipada promovida por la defensa del condenado Oswaldo Gonzales Mejía.

III. MANDARON que la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura y las demás Cortes de los Distritos Judiciales donde está vigente el Código Procesal Penal, apliquen como doctrina jurisprudencial los criterios expuestos en el considerando IV, referido al análisis jurídico del caso planteado, de la presente Ejecutoria Suprema, de conformidad con el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal.

IV. ORDENARON se transcriba la presente Ejecutoria Suprema a las Cortes Superiores en las que se encuentra vigente el Código Procesal Penal para su conocimiento y fines, y se publique en el Diario Oficial "El Peruano".

S. PRÍNCIPE TRUJILLO

EL VOTO DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS SALAS ARENAS Y NEYRA FLORES, ES COMO SIGUE:

Lima, diecisiete de abril de dos mil doce

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación interpuesto por las causales de inobservancia de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, e inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad, asimismo, por la causal excepcional referida al desarrollo de la doctrina jurisprudencial, interpuesto por el Fiscal Superior del Distrito Judicial de Huaura, contra el auto de vista de fecha veinte de mayo de dos mil once, de fojas ciento veinte, que revocó el auto apelado de fecha tres de mayo de dos mil once, de fojas ciento seis que declaró no ha lugar a la solicitud de libertad anticipada, promovida por el condenado Oswaldo González Mejía; y reformándola, declaró fundada su solicitud, disponiendo su excarcelación; derivado del proceso —en ejecución de sentencia— que se le siguió al precitado por el delito contra la familia —omisión a la asistencia familiar—, en agravio del menor Diego Oswaldo Gonzales Aranda.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. ITINERARIO DEL PROCESO

Primero: Que, Oswaldo Gonzales Mejía fue procesado por el delito contra la familia —omisión de asistencia familiar—, en agravio del menor Diego Oswaldo Gonzales Aranda, con arreglo al Código Procesal Penal de dos mil cuatro; y en juicio oral, con anuencia de su abogado defensor, reconoció ser autor del delito, así como el pago de la reparación civil, habiendo llegado a un acuerdo con el representante del Ministerio Público, sometiéndose a la conclusión anticipada del juicio.

Que, en virtud a ello se emitió con fecha veintiséis de mayo de dos mil nueve, como se advierte de fojas tres, la sentencia de conformidad, a través de la cual se dispuso la reserva del fallo condenatorio por el término de dos años a favor del sentenciado Gonzales Mejía por el anotado delito y agraviado, imponiéndose determinadas reglas de conducta —dentro de las cuales se consignó el cumplimiento del pago de los devengados (obligaciones alimentarias)—, y se fijó en ciento setenta y tres nuevos soles el monto por concepto de reparación civil, con lo demás que al respecto contiene.

Que, ante el incumplimiento del pago de las pensiones alimentarias, previa solicitud del Ministerio Público, primero —mediante resolución de fecha treinta y uno de marzo de dos mil diez, de fojas catorce—, se requirió al sentenciado para que cumpla con su obligación alimentaria, y después el órgano jurisdiccional competente —mediante audiencia para fijar la pena mediante sentencia de conformidad de fojas cincuenta y tres, de fecha veinticinco de febrero de dos mil once—, decidió revocar la reserva del fallo impuesto y condenó a Gonzales Mejía a dos años de pena privativa de libertad efectiva, decisión que mediante resolución de fojas sesenta y uno, de fecha nueve de marzo de dos mil once quedó consentida.

Que ante tal situación, el sentenciado Gonzales Mejía —privado de su libertad—, mediante escrito de fecha veinte de abril de dos mil once, obrante a fojas ochenta y dos, presentó su pedido de libertad anticipada, aduciendo que ya había cumplido con el pago de las pensiones devengadas y la reparación civil. Que, a fojas ciento seis obra el acta de registro de audiencia de libertad anticipada, llevada a cabo por el Juez de Investigación Preparatoria de Barranca de la Corte Superior de Justicia de Huaura, con fecha tres de mayo de dos mil once, quien declaró no ha lugar a la solicitud de libertad anticipada.

II. DEL TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Segundo. Que, contra dicha decisión judicial, el abogado defensor del sentenciado Oswaldo Mejía Gonzáles, interpuso mediante escrito de fojas ciento doce, recurso de apelación, siendo elevados los actuados a la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura, la misma que en la audiencia de apelación de fecha veinte de mayo de dos mil once, cuya acta obra a fojas ciento veinte, declaró fundado el recurso de apelación, en consecuencia, revocaron la resolución de primera instancia que declaró no ha lugar a la solicitud de libertad anticipada y, reformándola, declararon fundada dicha solicitud de libertad anticipada a favor de Oswaldo Gonzáles Mejía, y dispusieron, entre otros, que se remita el audio y registro de dicha audiencia a los jueces penales de toda la Corte, respecto a que la libertad anticipada es posible cuando se ha dado cumplimiento al pago correspondiente en los casos relacionados a omisión a la asistencia familiar cuando ello ya ha sido cumplido.

III. DEL TRÁMITE DEL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL MINISTERIO PÚBLICO

Tercero. Que, leído el auto superior, el señor Fiscal Superior interpuso recurso de casación mediante escrito de fojas ciento veintiséis, siendo concedido su recurso por auto de fecha nueve de mayo de dos mil once, obrante a fojas ciento treinta y uno, por el supuesto excepcional de desarrollo de la doctrina jurisprudencial previsto en el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, vinculado a las causales de: a) inobservancia de las garantías constitucionales

de carácter procesal; y b) inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad; elevándose la causa a este Supremo Tribunal con fecha uno de julio de dos mil once, como se advierte del oficio obrante a foja uno del cuadernillo respectivo.

Cuarto. Cumplido el trámite de traslados a los sujetos procesales por el plazo de diez días, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria del nueve de noviembre de dos mil once, obrante en el cuaderno de casación, en uso de su facultad de corrección, admitió a trámite el recurso de casación por el motivo previsto en el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, a efectos que: **i)** la Corte Suprema delimite sí debe concederse los supuestos de libertad anticipada, solo en los delitos de bagatela y cuáles son los requisitos esenciales que deben cumplirse para su concesión, y **ii)** la Corte Suprema uniformice los criterios y alcances respecto a los diversos pronunciamientos que existen al respecto y fije una línea jurisprudencial; ello, vinculado a las causales fijadas en los incisos uno y dos del artículo cuatrocientos veintinueve del citado texto legal.

Quinto. Instruido el expediente en Secretaría, señalada la audiencia de casación para el día de la fecha, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

Sexto. Deliberada la causa en secreto y votada el día de la fecha, habiéndose generado discordia, deberá procederse a efectuar el llamado correspondiente al Juez Supremo competente a fin que se dirima esta situación, tras lo, cual y en el caso de haberse obtenido los votos necesarios, se deberá fijar fecha para la lectura en audiencia pública de la sentencia de casación respectiva.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. DEL ÁMBITO DE LA CASACIÓN

Primero. Conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas diez del cuaderno de casación, del nueve de noviembre de dos mil once, el motivo de casación admitido es el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, en relación con los supuestos previstos en los incisos uno y dos del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal. Sobre el particular, el representante del Ministerio Público alega en su recurso formalizado a fojas ciento veintiséis que los jueces de segunda instancia han emitido su resolución en clara inobservancia de las garantías constitucionales de carácter procesal y de las normas legales de carácter procesal, al haberse interpretado en *mala praxis* el inciso tres del artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal —incidentes de modificación de la sentencia—, lo que ha conllevado a su vez que se transgreda también el principio de legalidad.

Motivos de la Casación

Que, asimismo, agrega que al condenado Gonzales Mejía inicialmente se le reservó el fallo condenatorio por el término de dos años bajo el cumplimiento de determinadas reglas de conducta —entre ellas, la de cumplir con el pago de devengados de su obligación alimentaria, en determinado periodo—, sin embargo, este incumplió dicha regla, por lo que el beneficio otorgado —reserva del fallo— fue revocado, disponiéndose su internamiento en el establecimiento carcelario respectivo; en tal sentido, el Colegiado Superior al haber revocado la resolución de primera instancia y dispuesto la libertad anticipada del precitado, ha afectado la naturaleza de dicha institución, pues Gonzales Mejía no debió obtener su libertad anticipada por el solo hecho de cumplir con el pago de las pensiones alimentarias, sino que este debería cumplir, en todo caso, con cualquiera de los beneficios penitenciarios previstos en el Código de Ejecución Penal; en consecuencia, la admisión de la libertad anticipada por los magistrados de la Corte Superior de Justicia de Huaura vulnera nuestra norma procesal penal, por lo que resulta necesario que se establezcan criterios y directrices respecto a la aplicación de la dicha figura legal.

II. DEL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL DE APELACIÓN

Segundo. La resolución de vista impugnada en casación señala lo siguiente:

A. "(...) Que en Trujillo se está aplicando la libertad anticipada como conversión de pena y por razones de salud (...)".

B. "(...) Que si estamos tratando de que se adeuda pensiones alimentarias y estas ya han sido pagadas, no obstante, que la suspensión de la pena ha sido revocada por pena efectiva, no existiría motivo suficiente para que una persona que ya cumplió, aunque sea *a posteriori*, con las pensiones devengadas, se siga manteniendo un minuto más privado de su libertad, toda vez que se estaría atentando contra los derechos superiores del niño y del adolescente, en cuanto a aspectos alimentarios, y en especial se atenta también contra los derechos de otras personas del cual esta persona podría estar sujeto a pensión (...)".

Criterios para la aplicación de la libertad anticipada

III. ANÁLISIS JURÍDICO-FÁCTICO

Tercero. Que, el recurso de casación por su naturaleza extraordinaria tiene como fin el resguardo del principio de igualdad ante la ley, a efectos

de asegurar la interpretación unitaria de la ley penal o procesal penal, en concordancia sistemática con el ordenamiento jurídico.

Cuarto. Que, como se ha dejado anotado en los considerandos precedentes, el tema central sobre el que este Supremo Tribunal debe efectuar algunas precisiones de carácter aplicativo, se refiere básicamente a la figura de la libertad anticipada regulada en el inciso tres del artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal, toda vez que se advierte que existen situaciones que vienen generando algunas divergencias entre el proceder de los magistrados —al menos en este caso— que conforman las Salas de Apelaciones en aplicación del Código Procesal Penal, con el criterio asumido por los representantes del Ministerio Público.

Problemática en la aplicación de la libertad anticipada

4.1. La libertad anticipada

4.1.1. Regulación normativa: Que, el artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal regula lo concerniente a los incidentes de modificación de la sentencia, y en su inciso tres señala: "(...) Los incidentes relativos a la libertad anticipada, fuera de los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional y de la medida de seguridad privativa de libertad, y aquellos en los cuales, por su importancia, el juez de la Investigación Preparatoria lo estime necesario, serán resueltos en audiencia oral, por los órganos de prueba que deben informar durante el debate (...)".

Regulación de la libertad anticipada

Que, de ello se advierte, entonces, que nuestro Código Procesal Penal menciona a la libertad anticipada como una figura permisiva referida a la recuperación de la libertad ambulatoria de una persona que ha sido privada de esta, en virtud a una sentencia condenatoria firme, distinta a la de los beneficios penitenciarios —cuyo tratamiento se realiza en el Código de Ejecución Penal—; sin embargo, no existe un tratamiento o desarrollo legal que regule en qué delitos procede, ni cuáles son los presupuestos y requisitos que permitan al órgano jurisdiccional competente aplicar tal figura jurídica; por lo que el motivo que justifica el presente pronunciamiento es justamente verificar si existe la posibilidad real o no de establecer dichas pautas de aplicación, en torno a la recuperación de la libertad individual de una persona condenada mediante sentencia firme vía libertad anticipada.

Naturaleza de la libertad anticipada

4.1.2. Situación actual: Que, de la jurisprudencia surgida en torno a este tema, se advierte que básicamente en los Distritos Judiciales de Huaura y La Libertad se han venido dictando decisiones judiciales acogiendo los pedidos de libertad anticipada —Expediente Nº 05209-

2007, Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo, por delito de violación de la libertad de trabajo, Expediente Nº 5039-2008, Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo, por delito de omisión a la asistencia familiar—, en virtud a consideraciones de salud (enfermedad) del condenado o, en el caso de obligaciones alimentarias, cuando exista cumplimiento —aunque sea tardío, tras la revocación de la suspensión de la pena por efectividad de esta— del pago de las pensiones devengadas y de la reparación civil, como se advierte en el presente caso.

Aplicación de la libertad anticipada en la casuística

Que, ello colisiona con la naturaleza jurídica y presupuestos de la suspensión de la ejecución de la pena y la conversión de penas, porque la revocatoria del régimen de suspensión de ejecución de la pena por una sanción privativa de libertad efectiva, debe ser cumplida conforme al inciso tres del artículo cincuenta y tres y el artículo sesenta, ambos del Código Penal, por lo que no puede convertirse en otra pena no privativa de libertad, conversiones que en los supuestos que procede se produce en la misma sentencia original. No estando prevista en el Código Penal la conversión de una pena privativa de libertad suspendida con reglas de conducta, ni su revocatoria por incumplimiento de estas; que dicha situación, entonces, denota una flagrante violación al principio de legalidad, contradicciones en la aplicación de la libertad anticipada y un impacto social negativo, lo que desnaturaliza obviamente su finalidad —en efecto, no podría construirse jurídicamente su afirmación en los casos en que su incoación se encuentre antecedida del cumplimiento tardío de una obligación, pues con ello se estaría fomentando una cultura de cumplimiento de la obligación (básicamente alimentaria) solo como última solución para el condenado, a fin que recupere en ese modo su libertad ambulatoria—, toda vez que el juzgador en virtud a una interpretación eminentemente subjetiva y amplía, desconoce la cosa juzgada, la seguridad jurídica y la tutela jurisdiccional efectiva, pues los condenados, si se trata del delito de omisión a la asistencia familiar, previo a ello estuvieron sujetos a un proceso civil de pago de alimentos, donde se declaró fundada la pretensión del alimentista y el obligado se sustrajo de ella, iniciándose un proceso penal por omisión de asistencia familiar que concluyó con reserva del fallo condenatorio, fijándose un monto por concepto de reparación civil por los alimentos no abonados, sentencia que tampoco cumplió, por lo que se inició un proceso de revocatoria de la reserva del fallo condenatorio, que se declaró procedente y se le impuso dos años de pena privativa de libertad efectiva, dictándose la correspondiente orden de captura; procesos y procedimientos donde el procesado contó con todas las garantías

Restricción a la libertad anticipada

Controversias generales por la aplicación de la libertad anticipada

durante los años en que se realizaron estos y recién cuando se incrementó el peligro contra su libertad individual, pagó.

Que, además, el juzgador al conceder la libertad anticipada, centra su análisis aplicativo en colisión directa con otras instituciones como: los beneficios penitenciarios, donde existe el requisito del pago de la reparación civil, y otros, como son, por ejemplo, el indulto concedido por el Poder Ejecutivo por razones humanitarias, así como también sucede en los casos en que se considera que la libertad anticipada procede como consecuencia jurídica de la conversión de la pena privativa de libertad —resolución expedida en el Expediente Nº 5039-2008, dictado por el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo, de fecha quince de octubre de dos mil diez—.

4.2. Motivo del recurso de casación

Que si bien una de las consideraciones iniciales que conllevó que este Supremo Tribunal declare bien concedido el recurso de casación planteado por el representante del Ministerio Público, era que se desarrolle doctrina jurisprudencial respecto a los siguientes aspectos:

i) Que, la Corte Suprema delimite si debe concederse los supuestos de libertad anticipada, solo en los delitos de bagatela y cuáles son los requisitos esenciales que deben cumplirse para su concesión, y

ii) Que, la Corte Suprema uniformice los criterios y alcances en cuanto a los diversos pronunciamientos que existen al respecto y fije una línea jurisprudencial.

Sin embargo, estando al tenor de la norma analizada —inciso tres del artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal—, los suscritos consideramos que no existe desarrollo normativo al respecto, esto es, el legislador en este caso específico lo ha regulado los presupuestos materiales, ni ha fijado los parámetros, reglas ni requisitos bajo los cuales el sentenciado deba acceder a la libertad anticipada, limitándose a mencionar tal denominación, sin que en la escueta exposición de motivos del Código Procesal Penal haya alguna mención a ello, no existiendo antecedentes en nuestra legislación al respecto.

Que el artículo ciento dos de la Constitución Política del Estado establece como una atribución del Poder Legislativo: "(...) Dar leyes y resoluciones legislativas (...)"; en tal virtud, las disposiciones legales de obligatorio cumplimiento deben servir como reglas de juego para el desarrollo de un proceso judicial o en ejecución de la sentencia dictada, deben estar claramente establecidas vía la norma jurídica habilitante, siendo labor del órgano judicial efectuar la debida interpretación y aplicación de esta

a cada caso concreto. Que, por tanto, si bien el inciso ocho del artículo ciento treinta y nueve de nuestra Carta Magna, señala: "(...) El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley (...)", sin embargo, dicha actuación judicial complementaria y de alcance jurídico para las denominadas "lagunas del Derecho" se podría superar en tanto sea factible: **a)** la aplicación supletoria de otra norma jurídica o rama del Derecho, **b)** la interpretación extensiva, **c)** la analogía, y/o **d)** acudir a otras fuentes del Derecho, como lo es la costumbre o los principios generales del Derecho; empero, en el caso concreto, la figura de la libertad anticipada, tal como está planteada en el inciso tres del artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal, como instituto diferente a los beneficios penitenciarios, no solo carece de correlación legislativa con otras legislaciones internacionales, sino que tampoco lo tiene con otras ramas del Derecho específicas; asimismo, realizar una interpretación extensiva o por analogía de dicha figura conllevaría a colisionar con otros mecanismos debidamente normados y regulados (como vendrían a ser la conversión de la pena, los beneficios penitenciados e inclusive el indulto humanitario) y, finalmente, estando a la naturaleza y consecuencia que acarrearía su aplicación, sería riesgoso que se limite a la costumbre o a oíros principios generales del Derecho su vigencia, dado que ello podría desnaturalizar y desbordar los alcances que el legislador ha querido estipular para su aplicación; en tales condiciones no es factible —ni tarea del juzgador— crear procedimientos legales ni realizar una aplicación subjetiva de normas inexistentes, cuando ello colisiona con la interpretación sistemática que de un cuerpo normativo se deba realizar, generando un desorden y confusión de índole jurídico-aplicativa, que pondría en serio riesgo la uniformidad y congruencia de un cuerpo normativo, generando decisiones judiciales de libertad anticipada en forma no regulada, abierta e indiscriminada, vulnerándose así el principio de legalidad previsto en el artículo dos del Título Preliminar del Código Penal.

4.3. Imposibilidad jurídico-legal de la aplicación de la libertad anticipada

Impedimentos normativos a la aplicación de la libertad anticipada

Que, en tal sentido, la denominada libertad anticipada presenta una limitación para su aplicación, siendo esta la ausencia de regulación normativa de carácter material que desarrolle el procedimiento de acceso, alcance, requisitos y demás efectos de la citada figura legal, por lo que, estando al principio de legalidad que informa el Derecho Penal y, en especial, al principio de reserva de la ley, se requiere de regulación legal que desarrolle dicha institución que por su singularidad, deba

tener lineamientos específicos y autónomos de cualquier otra figura de carácter penitenciaria, penal y/o premial que tenga como consecuencia la libertad del condenado a pena efectiva.

Que, en consecuencia; al no estar reglada la libertad anticipada en nuestro ordenamiento jurídico procesal penal, existe impedimento normativo para que el juez la otorgue; por tanto, si bien existe la necesidad de desarrollar respuesta jurídica a los casos de petición de libertad anticipada, considerarnos que ello debe ser realizado por el Poder Legislativo, por lo que no procede su aplicación, en tanto no exista regulación específica y motivada con fundamentos constitucionales al respecto, de no colisión con los derechos constitucionales, referidos al principio de legalidad, cosa juzgada y tutela jurisdiccional efectiva —previstos en el artículo dos, acápite veinticuatro, inciso d), artículo ciento treinta y nueve, incisos dos y tres de la Constitución Política del Estado, respectivamente—.

Quinto. Que, por tales consideraciones, se debe corregir el pronunciamiento realizado por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura —materia de recurso—, conforme a los incisos uno, dos y tres del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal.

Sexto. Que, en lo sucesivo, las Cortes Superiores de Justicia deben, en forma ineludible, tomar en consideración los alcances y precisiones que se hace en la presente Ejecutoria —cuarto considerando— para los casos referidos a la solicitud de libertad anticipada, regulada en el inciso tres del artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

NUESTRO VOTO es porque se declare

I. FUNDADO el Recurso de Casación interpuesto por el Fiscal Superior Titular de la Primera Fiscalía Superior Penal de Huaura, por las causales de inobservancia de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, e inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad, asimismo, por la causal excepcional referida al desarrollo de la doctrina jurisprudencia, interpuesto por el Fiscal Superior del Distrito Judicial de Huaura, contra el auto de vista de fecha veinte de mayo de dos mil once, de fojas ciento veinte, que revocó el auto apelado de fecha tres de mayo de dos mil once, de fojas ciento seis que declaró no ha lugar a la solicitud de libertad anticipada, promovida por el condenado Oswaldo González Mejía; y reformándola, declaró fundada su solicitud, disponiendo su excarcelación; derivado del proceso —en ejecución de sentencia— que se le siguió

al precitado por el delito contra la familia —omisión a la asistencia familiar—, en agravio del menor Diego Oswaldo Gonzales Aranda. En consecuencia: **NULO** el citado auto de vista.

II. Actuando en sede de instancia y pronunciándose sobre el fondo: **CONFIRMARON** la resolución de primera instancia de fecha tres de mayo de dos mil once, de fojas ciento seis que declaró no ha lugar a la solicitud de libertad anticipada, promovida por el condenado Oswaldo González Mejía.

III. MANDARON que la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura y las demás Cortes Superiores de los Distritos Judiciales que aplican el Código Procesal Penal, consideren ineludiblemente como doctrina Jurisprudencial vinculante lo señalado en el cuarto considerando (análisis jurídico-fáctico) de la presente Ejecutoria Suprema, de conformidad con el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal.

IV. ORDENARON se transcriba la presente Ejecutoria a las Cortes Superiores en las que rige el Código Procesal Penal para su conocimiento y fines, y se publique en el diario oficial *"El Peruano"*.

S. SALAS ARENAS/ NEYRA FLORES

EL VOTO DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS VILLA STEIN, RODRÍGUEZ TINEO Y MORALES PARRAGUÉZ, ES COMO SIGUE:

Lima, diecisiete de abril de oíos mil doce

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación por la causal de la excepcionalidad referido al desarrollo de la doctrina jurisprudencial, interpuesto por el Fiscal Superior del Distrito Judicial de Huaura, contra el auto de vista de fecha veinte de mayo de dos mil once, de fojas ciento veinte que, revocando y reformando el auto apelado de fecha tres de mayo de dos mil once, de fojas ciento seis, declaró fundada la solicitud de libertad anticipada promovida por Oswaldo Gonzáles Mejía, disponiendo su excarcelación; en el proceso de ejecución de sentencia, que lo condenó como autor del delito contra la familia —omisión de asistencia familiar—, en agravio del menor Diego Oswaldo Gonzales Aranda, a dos años de pena privativa de libertad, con carácter efectiva. Interviene como ponente el señor Juez Supremo Villa Stein.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. DEL ITINERARIO DEL PROCESO EN PRIMERA ESTANCIA

Primero. El encausado Oswaldo Gonzales Mejía fue procesado penalmente con arreglo al nuevo Código Procesal Penad por el delito contra la familia —omisión de asistencia alimentaria—, en agravio del menor Diego Oswaldo Gonzáles Aranda.

Segundo. Que, según sentencia emitida con fecha veintiséis de mayo de dos mil nueve, obrante en copia certificada de fojas tres y siguientes, se condenó al encausado Oswaldo Gonzales Mejía a dos años de pena privativa de libertad de carácter efectiva; habiendo quedado consentida mediante resolución de fecha nueve de junio de dos mil nueve, a fojas sesenta y siete.

II. DE LA SECUENCIA PROCESAL

Tercero. Que, mediante escrito de fojas ochenta y dos, el acusado Gonzales Mejía solicitó libertad anticipada, señalándose fecha para la audiencia de libertad anticipada para el día tres de mayo de dos mil once —ver resolución de fojas noventa y cuatro— Realizada la audiencia respectiva, conforme aparece del acta de fojas ciento seis y siguientes, el Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Barranca resolvió declarar no ha lugar a la solicitud planteada por la defensa técnica del sentenciado Gonzales Mejía respecto a la libertad anticipada. Por lo que fue materia de apelación por el citado sentenciado mediante escrito de fojas ciento doce; que realizada audiencia de apelación conforme se observa del acta que corre a fojas ciento veinte del veinte de mayo de dos mil once, el Tribunal de Apelación declaró fundado el recurso de su propósito, por lo que, revocando y reformando la resolución pertinente, ordenó la excarcelación e inmediata libertad del encausado Gonzales Mejía.

III. DEL TRÁMITE DEL RECURSO DE CASACIÓN DEL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

Cuarto. Leído el auto superior, el representante del Ministerio Público interpuso recurso de casación mediante escrito de fojas ciento veintiséis; siendo concedido su recurso por auto de fojas ciento treinta y uno, invocando el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal; asimismo, invoca las causales de: **a)** inobservancia de las garantías constitucionales de carácter procesal; **b)** inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionados con la nulidad; elevándose la causa a este Supremo Tribunal con fecha uno de julio de dos mil once, conforme consta del sello de recepción de fojas uno —el cuadernillo formado ante esta Instancia Suprema—.

Quinto. Cumplido el trámite de traslado a las partes recurridas, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria de fojas diez del cuaderno de casación, del nueve de noviembre de dos mil once, en uso de su facultad de corrección, admitió a trámite el recurso de casación respecto a la causal excepcional sobre desarrollo jurisprudencial, en tanto las causales invocadas de los incisos uno y dos del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, de sus fundamentos se deduce que están referidas expresamente al apartado correspondiente al desarrollo jurisprudencial

Sexto. Que cumplido el trámite previsto por el apartado uno del artículo cuatrocientos treinta y uno del nuevo Código Procesal Penal se ha llevado a cabo la audiencia de casación conforme a sus propios términos y según consta en el acta correspondiente.

Deliberada la causa en sesión secreta y votada el día de la fecha, habiéndose generado discordia, deberá procederse a efectuar el llamado correspondiente al Juez Supremo competente a fin que se dirima esta situación, tras lo cual y en el caso de haberse obtenido los votos necesarios, se deberá fijar fecha para la lectura en audiencia pública de la sentencia de casación respectiva.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. DEL ÁMBITO DE LA CASACIÓN

Primero. Conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas diez del cuaderno de casación, del nueve de noviembre de dos mil once, el motivo del recurso de casación se centra en la invocación a un supuesto desarrollo jurisprudencial previsto en el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal.

Motivos de la Casación

Segundo. El recurrente alega que los jueces de segunda instancia al momento de resolver, dictaron la misma en clara inobservancia de las garantías constitucionales de carácter procesal y norma legal de carácter procesal, al haberse interpretado en *mala praxis* el artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal —incidentes de modificación de la sentencia—; asimismo, señala que la recurrida no observó el principio de legalidad, vulnerando lo dispuesto por el inciso uno del artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal, toda vez que el condenado Gonzales Mejía, a quien inicialmente se le reservó el fallo condenatorio por el término de dos años bajo determinadas reglas de conducta, entre ellas, la de cumplir con el pago de devengados —obligaciones alimentarias— en determinado periodo, incumplió esta regla de conducta, por lo que el beneficio otorgado —reserva de fallo— fue revocado y se dispuso el internamiento en el establecimiento carcelario respectivo, por lo que —en su opinión— al habérsele otorgado libertad se ha afectado el debido proceso; siendo necesario, invocando la causal de excepcionalidad —inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal—, que se establezcan criterios y directrices respecto a la aplicación de la institución de la libertad anticipada.

II. DEL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL SUPREMO-AUTO DE CALIFICACIÓN

Tercero: Que, el auto superior dictado el nueve de noviembre de mil once de fojas diez y siguientes del cuadernillo de casación precisa lo siguiente respecto a lo que debería desarrollarse como doctrina jurisprudencial —tomando lo invocado por el recurrente en su recurso de casación—:

A. Que, la Corte Suprema delimite si debe concederse los supuestos de libertad anticipada, solo en los delitos de bagatela y cuáles son los requisitos esenciales que deben cumplirse para su concesión.

B. Que, la Corte Suprema uniformice los criterios y alcances respecto a los diversos pronunciamientos que existen al respecto y fije una línea jurisprudencial.

III. SOBRE EL DESARROLLO JURISPRUDENCIAL CON INVOCACIÓN DE LAS CAUSALES UNO Y DOS DEL ARTÍCULO CUATROCIENTOS VEINTINUEVE DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Cuarto. Que, a manera de introducción, es del caso precisar que el delito de omisión de asistencia familiar previsto y sancionado por el artículo ciento cuarenta y nueve del Código Penal, se materializa con el simple incumplimiento del pago requerido previamente con las formalidades de la ley. Así, para el caso de autos, respecto a la libertad anticipada mencionada en el inciso tres del artículo cuatrocientos noventa y uno, es aquella que trae como consecuencia que él condenado, antes de cumplir la totalidad de una pena impuesta de privativa de libertad efectiva, pueda salir en libertad por mandato de autoridad competente. Siendo ello así, a través del artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal se faculta al Juez de la Investigación Preparatoria, haciendo una exclusión de los beneficios penitenciarios y de la medida de seguridad privativa de la libertad, a resolver los incidentes referidos a la liberta anticipada.

Consumación del delito de omisión de asistencia familiar

Aplicación de la libertad anticipada

Quinto. Que, aunado a ello, se tiene que el literal c) del inciso veinticuatro del artículo dos de la Constitución Política del Estado establece que "no hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios"; precisándose en su inciso b) del mismo articulado que "no se permite forma alguna de restricción de la libertad, salvo en los casos previstos por la ley".

Prohibición de prisión por deudas

Sexto. Que, en ese sentido, nuestra Carta Magna define el incumplimiento de las obligaciones alimentarias como una deuda, por lo que, excepcionalmente, desde un punto de vista de política criminal, se justifica que el Estado le dé una connotación penal, lo defina como un delito y establezca una pena en caso de incumplimiento; y por tanto, deviene en perseguible penalmente con sanción penal de privación de libertad, si se incumple el pago de esta deuda. Coherente con esta construcción argumentativa, la pena solamente se justificaría en la medida que sirva al Estado en su política sancionadora, dentro de una línea de tutela al cumplimiento del pago para el alimentista de las deudas del obligado —bien jurídico protegido: los alimentos—.

Naturaleza del incumplimiento de las obligaciones alimentarias

Séptimo. Que, siendo esto así, y al fin constitucionalista y principista de la pena, no se justificaría razonablemente —test de razonabilidad, necesidad y utilidad— que se mantenga en cárcel o hacer efectivo un apercibimiento de ordenar la captura para internar en un penal a un procesado, acusado o condenado a quien se le otorgó libertad —para este caso— anticipada, que cumple con pagar la totalidad de las pensiones devengadas, por lo que procedería aplicar la libertad anticipada del mismo, disponiendo su excarcelación como lo señala el inciso tres del artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal.

Justificación de la aplicación de la libertad anticipada

Octavo. Que, respecto al inciso uno del artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal, respecto a los incidentes relativos a la conversión y revocación de la conversión de las penas, y a la revocación de la suspensión de la pena y de la reserva del fallo condenatorio, está fuera de discusión que los alcances de esta normativa se refieren a que después de emitida una condena y que ella adquirió la calidad de firme, puede ser objeto de tratamiento, a solicitud del Fiscal, del condenado o su abogado defensor, lo que se da en concordancia con lo dispuesto por el inciso tres del artículo cuatrocientos noventa y uno, el mismo que es resuelto por el Juez de la Investigación Preparatoria.

Los incidentes de modificación de la sentencia

Noveno: Que, de lo antes expuesto, no se advierte interés casacional del desarrollo jurisprudencial porque las disposiciones procesales penales glosadas en el fundamento jurídico anterior son claras en su redacción.

Décimo: Que si bien el artículo quinientos cuatro, apartado dos, del nuevo Código Procesal Penal, establece que las costas serán pagadas por quien interpuso un recurso sin éxito, las cuales se imponen de oficio conforme al apartado dos del artículo cuatrocientos noventa y siete del citado Código Procesal; sin embargo, el artículo cuatrocientos noventa y nueve de la citada norma procesal establece que se encuentra exento del pago de costas, entre otros, los representantes del Ministerio

Público, situación que se presenta porque quien interpuso el recurso de casación fue el señor Fiscal Superior del Distrito Judicial de Huaura.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

NUESTRO VOTO es porque se declare:

I. INFUNDADO el recurso de casación por la causal de la excepcionalidad referido al desarrollo de la doctrina jurisprudencial, interpuesto por el Fiscal Superior del Distrito Judicial de Huaura, contra el auto de vista de fecha veinte de mayo de dos mil once, de fojas ciento veinte que, revocando y reformando el auto apelado de fecha tres de mayo de dos mil once, de fojas ciento seis, declaró fundada la solicitud de libertad anticipada promovida por Oswaldo Gonzales Mejía, disponiendo su excarcelación; en el proceso de ejecución de sentencia que lo condenó como autor o el delito contra la familia —omisión de asistencia familiar—, en agravio del menor Diego Oswaldo Gonzales Aranda, a dos años de pena privativa de libertad con carácter efectiva.

II. EXONERAR del pago de las costas del recurso de casación al recurrente.

III. MANDARON que la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura y las demás Cortes Superiores de los Distritos Judiciales que aplican el Código Procesal Penal, consideren ineludiblemente como doctrina jurisprudencial vinculante lo señalado en los considerandos cuarto al octavo de la presente Ejecutoria Suprema, de conformidad con el artículo cuatrocientos veintisiete inciso cuarto del Código Procesal Penal.

IV. ORDENARON se transcriba la presente Ejecutoria a las Cortes Superiores en las que rige el Código Procesal Penal para su conocimiento y fines, y se publique en el diario oficial *"El Peruano"*.

S.S. VILLA STEIN/ RODRÍGUEZ TINEO/ MORALES PARRAGUÉZ

2.
CASACIÓN N.º 251-2012-LA LIBERTAD
CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DE LA FIGURA DE LIBERTAD ANTICIPADA

Casación	**N.º 251-2012-La Libertad**
Fecha	26.09.2013
Procedencia	Sala Penal Permanente
Ponente	Javier Villa Stein
Tema	Criterios de interpretación de la figura de libertad anticipada.
Doctrina jurisprudencial vinculante	f. j. n.º 3
Concordancia	Código Procesal Penal: arts. 57, 59 y 491.3

SUMILLA:
La libertad anticipada constituye una institución de naturaleza procesal solo citada en la norma y no desarrollada por el legislador, no siendo correcto inferir del inciso tres, del artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal, su estructura, presupuestos, operatividad y efectos que permitan la aplicación de esta medida. En el caso planteado, se utilizó el pedido de libertad anticipada como argumento para impugnar la revocatoria de la suspensión de la ejecución de la pena que quedó consentida por haber quedado ejecutoriada.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 251-2012
LA LIBERTAD

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintiséis de septiembre de dos mil trece

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación por la causal excepcional referida al desarrollo de la doctrina jurisprudencial —y no como erróneamente se consignó la causal de errónea aplicación de la ley, toda vez que si bien en la parte resolutiva del auto de calificación de recurso de casación del cinco de octubre del dos mil doce, obrante a fojas ocho, se declaró bien concedido por dicha causal, en la parte considerativa se indicó que debe desestimarse dicha causal—, interpuesto

por el representante del Ministerio Público, contra el auto de vista del once de mayo de dos mil doce, de fojas ochenta y cinco, que revocó el auto que declaró infundada la solicitud de libertad anticipada, bajo reglas de conducta que debe cumplir el sentenciado hasta que se dé cumplimiento al término de la suspensión de la ejecución de la pena, disponiendo su excarcelación derivado del proceso —en ejecución de sentencia— que se le siguió al precitado por el delito contra la Familia —Omisión a la Asistencia Familiar—, en agravio de Esther Eliza Ibañez Villalva y el menor Kevin Smith Asencio Ibáñez.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Itinerario del proceso

Primero. Que, mediante sentencia del veintiuno de diciembre de dos mil nueve, se condenó a Faustino Asencio Moya, por el delito contra la Familia - Omisión a la Asistencia Familiar, en agravio del menor Kevin Smith Asencio Ibañez y Esther Eliza Ibañez Villalva, a tres años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el mismo plazo, imponiéndose determinadas reglas de conducta —dentro de las cuales se consignó el cumplimiento del pago de los devengados (obligaciones alimentarias) —. Ante el incumplimiento del pago de las pensiones alimentarias, el representante del Ministerio Público, solicitó revocar la suspensión de la pena. En mérito a ello, el órgano jurisdiccional competente decidió mediante resolución del tres de enero del dos mil doce, declarar fundada dicha solicitud. Ante tal situación, el sentenciado Asencio Moya —privado de su libertad—, mediante escrito de fecha quince de marzo de dos mil doce, obrante a fojas veintiocho, presentó su pedido de libertad anticipada, aduciendo que ya había cumplido con el pago de las pensiones devengadas y la reparación civil.

Que, a fojas treinta y cuatro obra el Acta de Registro de Audiencia de Libertad Anticipada, llevada a cabo por el Juez de Investigación Preparatoria de Ascope de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, con fecha veintidós de marzo de dos mil doce, quien declaró Infundada la solicitud de libertad anticipada.

II. Del trámite de segunda instancia

Segundo. Que, contra dicha decisión judicial, el sentenciado Faustino Asencio Moya, interpuso recurso de apelación, fundamentándolo a fojas treinta y siete, siendo elevados los actuados a la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, la misma que en la audiencia de apelación del once de mayo de dos mil doce, cuya acta obra a fojas sesenta y seis, declaró por mayoría fundado el recurso de apelación; en consecuencia, revocaron la resolución de primera instancia que declaró infundada la solicitud de libertad anticipada y reformándola declararon fundada dicha solicitud de libertad anticipada a favor de Faustino Asencio Moya, al considerar que la libertad anticipada es posible cuando

se ha dado cumplimiento al pago correspondiente en los casos relacionados al delito de Omisión a la Asistencia Familiar, toda vez que la razón de la prisión preventiva habría desaparecido.

III. Del trámite del recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público

Tercero. Que, leído el auto Superior, el señor Fiscal Superior interpuso recurso de casación mediante escrito de fojas setenta, siendo concedido su recurso por auto de fecha veintiocho de mayo de dos mil doce, obrante a fojas setenta y siete, por el supuesto excepcional de desarrollo de la doctrina jurisprudencial previsto en el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal; elevándose la causa a este Supremo Tribunal con fecha cinco de julio de dos mil doce, como se advierte del oficio obrante a fojas uno del cuadernillo respectivo.

Cuarto. Cumplido el trámite de traslados a los sujetos procesales por el plazo de diez días, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria del cinco de octubre de dos mil doce, obrante en el cuadernillo de casación, en uso de su facultad de corrección, admitió a trámite el recurso de casación por el motivo previsto en el inciso cuatro, del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, a efectos que: i) la Corte Suprema delimite cuales son los presupuestos por los que debe concederse la libertad anticipada, en que delitos se debe conceder y cuáles son los requisitos esenciales que deben cumplirse para su concesión; y que ii) la Corte Suprema uniformice los criterios y alcances respecto de los diversos pronunciamientos que existen al respecto y fije una línea jurisprudencial.

Quinto. Instruido el expediente en Secretaría, señalada la audiencia de casación para el día de la fecha, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

Sexto. Deliberada la causa en secreto y votada el día veintiséis de septiembre de dos mil trece, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública —con las partes que asisten— se realizará por la Secretaria de Sala el día diecisiete de octubre de dos mil trece.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Del ámbito de la casación

Conforme se ha señalado líneas arriba, mediante Ejecutoria Suprema del cinco de octubre de dos mil doce —véase fojas ocho, del cuadernillo de casación—, admitió a trámite el recurso de casación únicamente por la causal excepcional referida al desarrollo de la doctrina jurisprudencial, contenida en el artículo cuatrocientos veintisiete, inciso cuarto del Código Procesal Penal y no como erróneamente se consignó la causal de errónea aplicación de la ley, toda vez que si bien en la parte resolutiva del auto de calificación de recurso de casación del cinco de octubre de

dos mil doce, obrante a fojas ocho, se declaró bien concedido por dicha causal, en la parte considerativa se indicó que debe estimarse dicha causal. Sobre el particular, el representante del Ministerio Público, fundamentó su recurso de casación a fojas setenta, amparándose en el inciso cuarto, del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal (desarrollo de doctrina jurisprudencial), indicando que la libertad anticipada se regula en el artículo cuatrocientos noventa y uno, inciso tres del Código Procesal Penal, el cual consiste en que el sentenciado a pena privativa de libertad efectiva, accede a su libertad antes del cumplimiento total de la pena; diferenciándolo de los beneficios penitenciarios; no obstante, los supuestos de procedencia, no se encuentran establecidos en el Código Procesal Penal; pero, los Jueces lo están aplicando en virtud del principio de no dejar de aplicar una norma ante vacío o deficiencia de la ley, incurriendo en una errónea interpretación de la norma procesal, pues la desnaturalizan y dan un mensaje negativo a aquellos que si cumplen con los preceptos normativos; motivo por el cual, solicita se declare nula la resolución recurrida y además, se uniformicen los criterios de interpretación de la libertad anticipada.

2. Del pronunciamiento de la Sala de Apelación

El Tribunal Superior, mediante resolución del once de mayo de dos mil doce, revocó la resolución de primera instancia que declaró improcedente la solicitud de libertad anticipada; y reformándola declararon por mayoría fundada la solicitud de libertad anticipada, bajo reglas de conducta que debe cumplir el sentenciado hasta que se dé cumplimiento al término de la suspensión de la ejecución de la pena, cuya transcripción obrante a fojas ochenta y cinco, precisa que: "Al conceder la libertad anticipada, reconoce que en el artículo cuatrocientos noventa y uno, inciso tres del Código Procesal Penal, no señala específicamente los presupuestos o parámetros sobre los cuales debe disponerse la libertad anticipada; sin embargo, sostiene que al realizarse una interpretación sistemática conforme a la Constitución Política del Estado, la cual ha previsto que la ejecución penal tiene por objeto la reeducación, la rehabilitación y la reincorporación del penado en la sociedad; así como los presupuestos frente a la inexistencia de mantenerlo en el penal, toda vez que, la única regla de conducta impuesta que motivó la revocatoria fue el incumplimiento en el pago de la reparación civil, la misma que ha sido cumplida y no se evidencia reincidencia en la comisión de estos hechos, además, es necesario tener en cuenta que en el establecimiento penitenciario no tendrá mejores condiciones de agenciarse de las posibilidades de cumplir con las pensiones alimenticias que se vienen generando y la necesidad que tiene el organismo jurisdiccional de no dejar de administrar justicia por vacíos y deficiencia de la norma, consideran por mayoría declarar fundada la solicitud de libertad anticipada".

3. Del motivo casacional: para el desarrollo de doctrina jurisprudencial

Que, el recurso de casación por su naturaleza extraordinaria tiene como fin el resguardo del principio de igualdad ante la Ley, a efectos de asegurar la interpretación unitaria de la ley penal o procesal penal, en concordancia sistemática con el ordenamiento jurídico.

Que, como se ha dejado anotado en los considerandos precedentes, el objeto de análisis para esta Sala Suprema es la necesidad de desarrollo de la doctrina jurisprudencial respecto a la libertad anticipada, regulada en el inciso tres, del artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal; debiendo efectuar algunas precisiones de carácter aplicativo, a fin de uniformizar los criterios divergentes de los Magistrados que conforman los órganos jurisdiccionales encargados de la aplicación del Código Procesal Penal.

3.1. La libertad anticipada

Que, el artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal regula lo concerniente a los incidentes de modificación de la sentencia, y en su inciso tres señala: "...Los incidentes relativos a la libertad anticipada, fuera de los beneficios penitenciarios de semilibertad y libertad condicional y de la medida de seguridad privativa de libertad, y aquellos en los cuales, por su importancia, el juez de la investigación preparatoria lo estime necesario, serán resueltos en audiencia oral, por los órganos de prueba que debe informar durante el debate...". La misma norma, invoca la figura de la libertad anticipada como una institución cuyo cauce procedimental se realizará vía incidental y, de otro lado, la distingue de los beneficios penitenciarios; sin embargo, no existe un tratamiento o desarrollo legal, que regule en qué delitos procede, ni cuáles son los presupuestos y requisitos que permitan al órgano jurisdiccional competente aplicar tal figura jurídica (tampoco se encuentra regulado en el Código Penal, ni en el Código de Ejecución Penal).

Sin embargo, la Sala Penal Permanente de Apelación de Huaura, Expediente número cero doscientos guión dos mil nueve guión sesenta y tres y el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo, Expediente número cinco mil trescientos treinta y nueve guión dos mil siete guión siete, han declarado procedente la solicitud de libertad anticipada en los siguientes supuestos: a) cuando el condenado se encuentra próximo a fallecer o con una enfermedad muy grave debidamente acreditada; b) cuando ha sido revocada la suspensión de la ejecución de la pena de un condenado por delito de Omisión a la Asistencia Familiar, por incumplimiento del pago de las pensiones devengadas y de la reparación civil, como se advierte en el presente caso; y, c) como consecuencia de la conversión de la penal.

Siendo así, el desarrollo de la libertad anticipada debe ser realizada por el Poder Legislativo, pues se desprende del tenor de la norma analizada —inciso tres del artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal—, que no existe desarrollo normativo al respecto, toda vez que el Legislador no ha regulado los presupuestos materiales, ni ha fijado los parámetros, reglas ni requisitos bajo los cuales el sentenciado deba acceder a la libertad anticipada, limitándose a mencionar tal denominación, sin que en la escueta exposición de motivos del Código Procesal Penal, haya alguna mención a ello, no existiendo antecedentes en nuestra legislación al respecto. Asimismo, el artículo ciento dos de la Constitución Política del Estado establece como una atribución del Poder Legislativo: "...Dar Leyes y resoluciones legislativas...", en tal virtud, las disposiciones legales de obligatorio cumplimiento, que deben servir como reglas de juego para el desarrollo de un proceso judicial o en ejecución de la sentencia dictada, deben estar claramente establecidas vía la norma jurídica habilitante, siendo labor del órgano judicial efectuar la debida interpretación y aplicación de esta a cada caso concreto; por tanto, si bien el inciso ocho, del artículo ciento treinta y nueve de nuestra Carta Magna, señala: "...El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la Ley..."; sin embargo, dicha actuación judicial complementaria y de alcance jurídico para las denominadas "lagunas del derecho" se podrían superar en tanto, sea factible: **a)** la aplicación supletoria de otra norma jurídica o rama del derecho, **b)** la interpretación extensiva, **c)** la analogía, y/o **d)** acudir a otras fuentes del derecho, como lo es la costumbre o los principios generales del derecho; empero en el caso concreto, la figura de la libertad anticipada, tal como está planteada en el inciso tres, del artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal, como instituto diferente a los beneficios penitenciarios, no solo carece de correlación legislativa con otras legislaciones internacionales, sino que tampoco lo tiene con otras ramas del derecho específicas; asimismo, realizar una interpretación extensiva o por analogía de dicha figura conllevaría a colisionar con otros mecanismos debidamente normados y regulados (como vendría a ser la conversión de la pena, beneficios penitenciarios e inclusive el indulto humanitario) y, finalmente, estando a la naturaleza y consecuencia que acarrearía su aplicación sería riesgoso que se limite a la costumbre o a otros principios generales del derecho su vigencia, dado que ello podría desnaturalizar y desbordar los alcances que el legislador ha querido estipular para su aplicación; en tales condiciones no es factible —ni tarea del juzgador— crear procedimientos legales ni realizar una aplicación subjetiva de normas inexistentes, cuando ello colisione con la interpretación sistemática que de un cuerpo normativo se deba realizar, generando un desorden y confusión de índole jurídico aplicativo, que pondría en serio riesgo uniformidad y congruencia de un cuerpo normativo, generando decisiones judiciales de libertad anticipada en forma no regulada, abierta e indiscriminada; vulnerándose así el principio de legalidad previsto en el artículo dos del Título Preliminar del Código Penal. De igual forma, implica un impacto social negativo, pues desnaturaliza su finalidad

—en efecto, no podría construirse jurídicamente su afirmación, en los casos en que su incoación, se encuentre antecedida del cumplimiento tardío de una obligación, pues con ello se estaría fomentando una cultura de cumplimiento de la obligación (básicamente alimentaria) solo como última solución para el condenado, a fin que recupere en ese modo su libertad ambulatoria—; ya que el Juzgador en virtud a una interpretación eminentemente subjetiva y amplia, desconoce la cosa juzgada, la seguridad jurídica y la tutela jurisdiccional efectiva.

En tal sentido, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, se ha pronunciado en la sentencia casatoria número ciento ochenta y nueve guión dos mil once, que estableció: "al no estar reglada la Libertad anticipada en nuestro ordenamiento jurídico procesal, existe impedimento normativo para que el Juez la otorgue; por tanto, si bien existe la necesidad de desarrollar respuestas jurídicas a los casos de petición de libertad anticipada, consideramos que ello debe ser realizado por el Poder Legislativo, por lo que, no procede su aplicación, en tanto no exista regulación específica motivada con fundamentos constitucionales al respecto, que no colisionen con los derechos constitucionales, referidos al principio de legalidad, de cosa juzgada y de tutela jurisdiccional efectiva, previstos en el artículo dos, acápite veinticuatro, inciso d) y el artículo ciento treinta y nueve, incisos dos y tres de la Constitución Política del Estado, respectivamente"; por consiguiente, no se puede pretender distinguir ahí donde la ley no distingue.

4. Análisis de caso concreto

Bajo este marco jurídico, se analiza la materia controvertida, en la cual se advierte que al condenado Asencio Moya, se le revocó la suspensión de ejecución de la pena por incumplimiento de las reglas de conducta, disponiéndose su internamiento en el establecimiento penal correspondiente, razón por la cual el sentenciado presentó su solicitud de libertad anticipada, indicando que posterior a la revocatoria de la suspensión de la pena cumplió con cancelar el monto total de la liquidación de pensiones alimenticias devengadas, invocando el artículo cuatrocientos noventa y uno, inciso tres del Código Procesal Penal, siendo que el Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Ascope, declaró improcedente el requerimiento de libertad anticipada. Apelado el auto, el Superior Colegiado, por mayoría revocó dicha resolución y declaró fundada la solicitud de libertad anticipada del encausado.

Que, conforme a lo regulado en los artículo cincuenta y siete y siguientes del Código Penal, la suspensión de ejecución de la pena es una medida alternativa a la pena privativa de libertad de uso facultativo para el Juez, que se caracteriza fundamentalmente por la suspensión de la ejecución de la pena; es decir, la imposición de la condena, la suspensión de la pena y el señalamiento de un régimen de prueba bajo reglas de conducta.

De allí, que conforme a lo regulado en el artículo cincuenta y nueve del Código Penal, la suspensión de la pena debe ser revocada si durante su vigencia, no se cumple con las reglas de conducta impuesta. En ese contexto, el Juez procede a condenar al agente y a determinar la aplicación de la pena que corresponde al delito, la misma que debe ejecutarse en sus propios términos.

En consecuencia, la revocatoria de la suspensión de ejecución de la pena, que da lugar a una sanción privativa de libertad efectiva, no puede convertirse en otra pena no privativa de libertad, tal supuesto no está previsto en el Código Penal, pues no existe la revocatoria de la revocatoria, que se llevaría a que la pena efectiva impuesta a consecuencia de la revocatoria de la suspensión de ejecución de pena, nuevamente se convierta en una medida para obtener la recuperación de la libertad.

En efecto, como ha quedado detallado, el condenado incumplió las reglas de conducta impuestas, y por lo tanto, se le revocó la libertad suspendida, imponiéndole una pena privativa de libertad efectiva, que debió ejecutarse hasta su culminación. Sin embargo, la Sala Superior le concedió la libertad anticipada, a pesar de que la sanción firme de condena no ha sido ejecutada en su totalidad.

En definitiva, a pesar de la cancelación de las pensiones devengadas, no cabe pedido de libertad anticipada —vía conversión de penas—, ya que no se puede amparar conversión alguna hacia una medida que de nuevo le otorgue libertad ambulatoria, al no estar prevista en la ley. En ese sentido, la Sala Penal Superior desconoció que no cabe la revocatoria de la revocatoria de la suspensión de ejecución de la pena, a través de la aplicación de la figura procesal no regulada de libertad anticipada, contraviniendo con ello el principio de legalidad, la seguridad jurídica y la tutela jurisdiccional efectiva.

5. De otro lado, cabe precisar que el señor ponente Juez Supremo, a partir de la fecha se adhiere a la presente interpretación, apartándose de pronunciamientos anteriores (véase la sentencia casatoria número ciento ochenta y nueve guión dos mil once), dado el consenso asumido por los Jueces Supremos con fecha veinticuatro de enero de dos mil trece, en el VIII Pleno Jurisdiccional de las Sala Penales Permanente y Transitoria, próximo a publicarse.

6. Que, por tales consideraciones se debe de corregir el pronunciamiento realizado por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad —materia del recurso—.

7. Que, en lo sucesivo, las Cortes Superiores de Justicia deben en forma ineludible tomar en consideración los alcances y precisiones que se hace en la presente Ejecutoria —cuarto considerando— para los casos referidos a la solicitud de libertad anticipada, regulada en el inciso tres del artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, POR MAYORÍA declararon:

I. FUNDADO el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Superior Titular de la Cuarta Fiscalía Superior Penal de la Libertad, por la causa excepcional referida al desarrollo de la doctrina jurisprudencial; en consecuencia **CASARON** el auto de vista de fecha once de octubre de dos mil doce, de fojas ochenta y cinco, que revocó el auto apelado de fecha veintidós de marzo de dos mil doce, de fojas treinta y cinco, que declaró infundada la solicitud de libertad anticipada, promovida por el condenado Faustino Asencio Moya; y reformándola declaró fundada la solicitud de libertad anticipada, bajo reglas de conducta que debe cumplir el sentenciado hasta que se dé cumplimiento al término de la suspensión de la ejecución de la pena, disponiendo su excarcelación derivado del proceso —en ejecución de sentencia— que se le siguió al precitado por el delito contra la Familia —Omisión a la Asistencia Familiar—, en agravio de Esther Eliza Ibáñez Villalba y el menor Kevin Smith Asencio Ibáñez.

II. Actuando en sede de instancia y pronunciándose sobre el fondo: **CONFIRMARON** la resolución de primera instancia de fecha veintidós de marzo de dos mil doce, de fojas treinta y cinco, que declaró infundada la solicitud de libertad anticipada, promovida por el condenado Faustino Asencio Moya; **ORDENARON** la recaptura del sentenciado Faustino Asencio Moya, y posteriormente, su reingreso al penal correspondiente para que cumpla con la pena impuesta en la sentencia.

III. MANDARON que, la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de la Libertad y las demás Cortes Superiores de los Distritos Judiciales que aplican en el Código Procesal Penal, consideren ineludiblemente como doctrina jurisprudencial vinculante lo señalado en el tercer considerando (Del motivo casacional: para el desarrollo de doctrina jurisprudencial) de la presente Ejecutoria Suprema, de conformidad con el inciso cuatro, del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal; y se publique en el diario oficial "El Peruano".

IV. ORDENARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano de origen; y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

S.S. VILLA STEIN /PARIONA PASTRANA /TELLO GILARDI /NEYRA FLORES

EL VOTO DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO MORALES PARRAGUEZ, ES COMO SIGUE:

Lima, veintiséis de septiembre de dos mil trece

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación por la causal de desarrollo interpuesto por la causal excepcional referida al desarrollo de la doctrina jurisprudencial —y no como erróneamente se consignó la causal de errónea aplicación de la ley, toda vez que si bien en la parte resolutiva del auto de calificación de recurso de casación del cinco de octubre del dos mil doce, obrante a fojas ocho, se declaró bien concedido por dicha causal, en la parte considerativa se indicó que debe desestimarse dicha causal—, interpuesto por el representante del Ministerio Público, contra el auto de vista del 11 de mayo del 2012, obrante a fojas 85, que revocó el auto que declaró infundada la solicitud de libertad anticipada del sentenciado Faustino Asencio Moya, contenida en la resolución de fecha 22 de marzo del año 2012, y reformándole declararon por mayoría fundada la solicitud de libertad anticipada, disponiendo su excarcelación derivado del proceso —en ejecución de sentencia— que se le siguió al precitado por el delito contra la Familia —Omisión a la Asistencia Familiar— en agravio de Esther Eliza Ibáñez Villalva y Kevin Smith Asencia Ibáñez.

I. FUNDAMENTOS DE HECHO

1.1. Itinerario del proceso

Primero. El inculpado Faustino Asencio Moya, fue condenado mediante sentencia del veintiuno de diciembre de dos mil nueve, como autor del delito contra la Familia - Omisión de Asistencia Familiar, en agravio del menor Kevin Smith Asencia Ibáñez y Esther Eliza Ibáñez Villalva, a tres años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el mismo plazo, imponiéndose determinadas reglas de conducta —dentro de las cuales se consignó el cumplimiento del pago de los devengados (obligaciones alimentarias) —. Que, ante el incumplimiento del pago de las pensiones alimentarias, en mérito a la solicitud del representante del Ministerio Público, el Órgano Jurisdiccional competente decidió revocar la reserva del fallo impuesto. Ante tal situación, el sentenciado Asencio Moya, privado de su libertad, mediante escrito de fecha 15 de marzo de dos mil doce, obrante a fojas 28, presentó su pedido de libertad anticipada, aduciendo que ya había cumplido con el pago de las pensiones devengadas y la reparación civil. Que, a fojas 34 obra el Acta de Registro de Audiencia de Libertad Anticipada, llevada a cabo por el Juez de Investigación Preparatoria de Ascope de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, con fecha veintidós de marzo de dos mil doce, expidiéndose la resolución respectiva que declaró Infundada la solicitud de libertad anticipada.

1.2. Del trámite de segunda instancia

Segundo. Que, contra dicha decisión judicial, el sentenciado Faustino Asencio Moya, interpuso recurso de apelación, fundamentándolo a fojas 37, siendo elevados los actuados a la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de

Justicia de La Libertad, la misma que en la audiencia de apelación de fecha 11 de mayo del 2012, cuya acta obra a fojas 66, declaró por mayoría fundado el recurso de apelación; en consecuencia, revocaron la resolución de primera instancia que declaró infundada la solicitud de libertad anticipada y reformándola declararon fundada dicha solicitud de libertad anticipada a favor de Faustino Asencio Moya, al considerar que ésta es posible cuando se ha dado cumplimiento al pago correspondiente en los casos relacionados a omisión a la asistencia familiar, toda vez que la razón de la prisión preventiva habría desaparecido, quedando sujeto al cumplimiento de reglas de conductas.

1.3. Del trámite del recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público

Tercero. Que, leído el auto de vista el señor Fiscal Superior interpuso recurso de casación mediante escrito de fojas 70, siendo concedido su recurso por auto de folios 77, su fecha 28 de mayo del 2012, por el supuesto excepcional de desarrollo de la doctrina jurisprudencial previsto en el inciso 4) del artículo 427° del Código Procesal Penal; elevándose la causa a este Supremo Tribunal con fecha 05 de julio del año 2012, como se advierte del cuadernillo respectivo.

Cuarto. Cumplido el trámite de traslados a los sujetos procesales por el plazo de diez días, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria del 05 de octubre del año 2012, obrante también en el cuadernillo de casación, en uso de su facultad de corrección, admitió a trámite el recurso de casación por el motivo previsto en el inciso 4) del artículo 427° del Código Procesal Penal, a efectos que: i) la Corte Suprema delimite cuales son los presupuestos por los que debe concederse la libertad anticipada, en que delitos se debe conceder y cuáles son los requisitos esenciales que deben cumplirse para su concesión; y que ii) la Corte Suprema uniformice los criterios y alcances respecto de los diversos pronunciamientos que existen al respecto y fije una línea jurisprudencial. Instruido el expediente en Secretaría, señalada la audiencia de casación para el día de la fecha, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

2.1. Del ámbito de la casación

Quinto. El Fiscal Superior en su recurso alega que los Jueces de Segunda instancia al momento de resolver, dictaron la misma incurriendo en una errónea interpretación de una norma procesal, como lo es el inciso 3) del artículo 491° del Código Procesal Penal —incidentes de modificación de la sentencia—, toda vez que el condenado Asencio Moya a quien inicialmente se le reservó el fallo condenatorio por el término de tres años bajo determinadas reglas de conducta, entre ellas, el de cumplir con el pago de devengados —obligaciones alimentarias—

en determinado periodo, incumplió esta regla de conducta, por lo que el beneficio otorgado —reserva de fallo— fue revocado, y se dispuso el internamiento en el establecimiento carcelario respectivo, por lo que —en su opinión— al habérsele otorgado libertad se ha afectado el debido proceso; siendo necesario, invocando la causal de excepcionalidad —inciso 4) del artículo 427° del Código Procesal Penal—, se establezcan criterios y directrices respecto a la aplicación de la institución de la libertad anticipada.

2.2. Del pronunciamiento del Tribunal Supremo - Auto de calificación

Sexto. Que, el auto dictado el cinco de octubre de dos mil doce de fojas diez y siguientes del cuadernillo de casación precisa lo siguiente respecto a lo que debería desarrollarse como doctrina jurisprudencial —tomando lo invocado por el recurrente en su recurso de casación—:

> **A.** Que, la Corte Suprema delimite si debe concederse los supuestos de libertad anticipada, solo en los delitos de bagatela y cuáles son los requisitos esenciales que deben cumplirse para su concesión; y,
>
> **B.** Que, la Corte Suprema uniformice los criterios y alcances en cuanto a los diversos pronunciamientos que existen al respecto y fije una línea jurisprudencial.

2.3. Sobre el Desarrollo Jurisprudencial —con invocación de las causales 1) y 2) del artículo 429° del Código Procesal Penal—.

Sétimo. El principal cuestionamiento a la resolución expedida por la Sala de Apelaciones se centra en que la institución de la libertad anticipada en nuestro ordenamiento procesal no se encuentra regulada, lo cual ha ocasionado diversos pronunciamientos de los Órganos Jurisdiccionales; en referencia a ello, debe señalarse que si bien el Código Procesal Penal no desarrolla los presupuestos para la procedencia de la Libertad Anticipada, ello no es óbice, para que el Juez Penal pueda examinar el pedido y emitir un pronunciamiento al caso concreto, ello en aplicación del artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal en su inciso 4) la cual establece: "que en caso de duda insalvable sobre la Ley aplicable debe estarse a lo más favorable al reo", esto en concordancia con el inciso 11) del Artículo 139° de la Constitución Política del Estado, la cual establece como garantía "la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o conflicto entre leyes penales", todas tendientes a garantizar que en caso de duda, se debe optar por aquella interpretación que maximice la protección de los derechos humanos, ello en virtud del principio pro homine.

Octavo. Sobre la Libertad Anticipada. El legislador al redactar el Libro Sexto "La Ejecución y las Costas" Sección I 'La Ejecución de la Sentencia', Artículo 491° (incidentes de modificación de la sentencia) del Código Procesal Penal ha

establecido como forma de ejecución de sentencia la "Libertad Anticipada", la cual se puede acceder por intermedio de los beneficios penitenciarios (Semi-libertad, liberación condicional, medidas de seguridad privativa de libertad, y aquellos en los cuales por su importancia, el juez de la investigación preparatoria lo estime necesario), además de la conversión de la pena y revocación de la conversión de las penas.

Noveno. La libertad anticipada específicamente se encuentra descrita en el inciso 3) del artículo 491° del Código Procesal Penal, mecanismo procesal que trae como consecuencia que el condenado, antes de cumplir la totalidad de una pena impuesta de privativa de libertad efectiva, pueda salir en libertad por mandato de autoridad competente. Siendo ello así, a través del referido dispositivo legal faculta al juez de la investigación preparatoria, haciendo una exclusión de los beneficios penitenciarios y de la medida de seguridad privativa de la libertad, a resolver los incidentes referidos a la libertad anticipada.

Décimo. Aunado a ello, se tiene que el literal "c" del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución Política del Estado establece que: "no hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios", precisándose en su inciso "b" del mismo articulado que "no se permite forma alguna de restricción de la libertad, salvo en los caso previstos por la ley".

Décimo primero. Que, en ese sentido nuestra Carta Magna, define el incumplimiento de las obligaciones alimentarias como una deuda; por lo que, excepcionalmente desde un punto de vista de política criminal se justifica que el Estado le dé una connotación penal, lo defina como un delito y le establezca una pena en caso de incumplimiento; y por tanto, deviene en perseguible penalmente con sanción penal de privación de libertad, si incumple el pago de esta deuda. Coherente con esta construcción argumentativa, la pena solamente se justificaría en la medida que sirva al Estado en su política sancionadora, dentro de una línea de tutela al cumplimiento del pago para el alimentista de las deudas del obligado —bien jurídico protegido: los alimentos—.

Décimo segundo. Que, siendo esto así, y al fin constitucionalista y principista de la pena, no se justificaría razonablemente —test de razonabilidad, necesidad y utilidad— que se mantenga en cárcel o hacer efectivo un apercibimiento de ordenar la captura para internarlo a un penal, a un procesado, acusado o condenado a quien se le otorgó libertad —para este caso— anticipada, que cumple con pagar la totalidad de las pensiones devengadas; por lo que, procedería aplicar la libertad anticipada del mismo disponiendo su excarcelación como señala el inciso 3) del artículo 491° del Código Procesal Penal.

Décimo tercero. Asimismo, cabe precisar que el inciso 1) del artículo 491° del Código Procesal Penal, respecto a los incidentes relativos a la conversión y

revocación de la conversión de las penas, y a la revocación de la suspensión de la pena y de la reserva del fallo condenatorio; está fuera de discusión que los alcances de esta normativa se refiere a que después de emitida una condena y que ella adquirió la calidad de firme, puede ser objeto de tratamiento, a solicitud del Fiscal, del condenado o su abogado defensor, lo que se da en concordancia con lo dispuesto por el inciso 3) del artículo 491° el mismo que es resuelto por el juez de la investigación preparatoria.

Décimo cuarto. Que, de lo antes expuesto, no se advierte interés casacional del desarrollo jurisprudencial porque las disposiciones procesales penales glosadas en el fundamento jurídico anterior son claras en su redacción y están descritas de manera que se cumple con el precepto de la ley cierta, escrita y previa.

Décimo quinto. Que, si bien el inciso 2) del artículo 504° del Código Procesal Penal, establece que las costas serás pagadas por quien interpuso un recurso sin éxito, las cuales se imponen de oficio conforme al inciso 2) del artículo 497° del acotado código; que, sin embargo, el artículo 499° de la citada norma procesal establece que se encuentra exento del pago de costas, entre otros, los representantes del Ministerio Público, situación que se presenta, porque quien interpuso el recurso de casación fue el señor Fiscal Superior del Distrito Judicial de la Libertad.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

MI VOTO es porque se declare:

I. INFUNDADO el recurso de casación por la causal de la excepcionalidad referido al desarrollo de la doctrina jurisprudencial, e interpuesto por el representante del Ministerio Público, contra el auto de vista del once de mayo de dos mil doce, de fojas ochenta y cinco, que revocó el auto que declaró infundada la solicitud de libertad anticipada del sentenciado Faustino Asencio Moya, contenida en la resolución del número cinco, del veintidós de marzo de dos mil doce, y reformándola declararon por mayoría fundada la solicitud de libertad anticipada, disponiendo su excarcelación derivado del proceso —en ejecución de sentencia— que se le siguió al precitado por el delito contra la Familia —omisión a la asistencia familiar—, en agravio de Esther Eliza Ibáñez Villalva y Kevin Smith Asencio Ibáñez.

II. EXONERAR del pago de las costas del recurso de casación al recurrente.

III. ORDENARON se transcriba la presente Ejecutoria a las Cortes Superiores en las que rige el Código Procesal Penal para su conocimiento y fines, y se publique en el Diario Oficial *"El Peruano"*.

S. MORALES PARRAGUEZ

CUARTA PARTE
DERECHO PENITENCIARIO

EXP. N.° 2496-2005-PHC/TC

LA PROGRESIVIDAD, LAS VISITAS, Y LA EDUCACIÓN EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO

Sentencia	**N.° 2496-2005-PHC/TC**
Fecha	17.05.2005
Magistrados	Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen y Landa Arroyo
Tema	La progresividad en el tratamiento penitenciario, las visitas, y la educación en el ámbito penitenciario
Precedente vinculante	ff. jj. n.os 3, 5, 7, 8, 12, y 13.
Concordancia	Código Procesal Penal: art. 137

SUMILLA:

La instauración de un sistema progresivo, a través de los estímulos y apremios que implican el progresar o regresionar en el tratamiento según la conducta mostrada por el interno, sin duda coadyuva a cumplir el mandato resocializador previsto en el artículo 139, 22 de la Constitución. No obstante cabe señalar que el hecho de que coadyuve a lograr dicho fin previsto en la norma constitucional, no conlleva que la instauración de este tipo de sistema constituya una consecuencia necesaria e ineludible del mandato resocializador.

[...]

Este Tribunal ha señalado a través de su jurisprudencia que el afectar desproporcionadamente el derecho a la visita familiar de los reclusos podría atentar contra la finalidad resocializadora y reeducadora de la pena, enunciada en el artículo 139°, inciso 22), de la Norma Fundamental (Exp. N° 1429-2002-HC, fundamento11).

Ello desde luego no implica que no se puedan llevar a cabo restricciones a las visitas, las mismas que pueden justificarse en razones de seguridad penitenciaria o prevención de comisión de nuevos delitos.

Respecto del derecho a la educación en el marco del tratamiento penitenciario, cabe señalar, en primer lugar, que las personas privadas de libertad solo se ven restringidas en aquellos derechos que así se declare en la sentencia, es decir, los relativos a la libertad personal, además de aquellos que se sean restringidos por disposiciones expresas, como por ejemplo los derechos políticos por mandato del artículo 33 de la Constitución. Siendo así, no puede concebirse que la pena privativa de libertad constituya un espacio en el que el derecho a la educación se vea per se suprimido.

EXP. N.° 01711-2014-PHC/TC
LIMA
VÍCTOR POLAY CAMPOS
Y OTROS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 8 días del mes de abril de 2014, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Urviola Hani, Vergara

Gotelli, Mesía Ramírez, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con los votos singulares de los magistrados Mesía Ramírez y Álvarez Miranda, y el fundamento de voto del magistrado Eto Cruz, que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por el Procurador Público del Instituto Nacional Penitenciario contra la sentencia de la Quinta Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 458, su fecha 17 de enero del 2014, que declaró fundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

[...]

FUNDAMENTOS

I. Del recurso de agravio constitucional

1. A fojas 657, la Quinta Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima concedió el recurso de agravio constitucional interpuesto por el Procurador del Instituto Nacional Penitenciario. La sala consideró que siendo el terrorismo un delito de carácter pluriofensivo (que atenta contra la vida, la libertad y la seguridad personal, que mantiene a la sociedad en un estado de alarma o temor, amenazando las bases sociales y la propia existencia del Estado) y asimismo, atendiendo a los deberes primordiales del Estado de defender la soberanía nacional, proteger la vigencia de los derechos humanos y a la población frente a las amenazas contra su seguridad (artículo 44º de la Constitución), era preciso extender los alcances de la doctrina jurisprudencial establecida por este Tribunal Constitucional a través de las sentencias Nº 2748-2010-HC/TC y 2663-2009-HC/TC, criterio, según el cual, de manera excepcional los procesos constitucionales que el Poder Judicial haya declarado fundados en segunda instancia y estén relacionados con el tráfico ilícito de drogas o lavado de activos pueden ser objeto de control a través del recurso de agravio constitucional.

Extensión excepcional de procedencia del recurso de agravio

2. Al respecto, este Tribunal debe recordar que, en efecto, a través de las referidas sentencias, y de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, se fijó una doctrina jurisprudencial que habilita la procedencia del recurso de agravio constitucional para la revisión de las sentencias recaídas en procesos constitucionales relacionados

con el tráfico ilícito de drogas y lavado de activos que resulten estimatorias. Ello en virtud del deber estatal de combatir el tráfico ilícito de drogas (artículo 8º de la Constitución) así como las obligaciones internacionales asumidas por el Estado a través de tratados internacionales como la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971 y la **Convención Internacional para la represión del financiamiento del terrorismo** (que reconoce como delito la acción de proveer o recolectar fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, para cometer en otro Estado un acto de terrorismo). Cfr. Exp. Nº 2748-2010-HC/TC, fundamento 16.

Control de decisiones en TID y lavado de activos

3. En virtud de tales consideraciones, este Tribunal reconoció la necesidad de proveer mecanismos procesales que permitan el control de decisiones erradas que bajo el pretexto de proteger derechos fundamentales terminen atentando contra otros bienes constitucionales:

> "Si corresponde al Tribunal Constitucional la protección del orden constitucional, este debe estar provisto de las herramientas e instrumentos procesales idóneos para tal efecto, para evitar que por "defecto", se terminen constitucionalizando situaciones que, aunque aparecen revestidas de un manto de "constitucionalidad", en la práctica contienen un uso fraudulento de la Constitución o bajo el manto protector de los derechos fundamentales, se pretenda convalidar la vulneración de aquellos o una situación en la que se ha configurado un abuso de derecho" (Exp. Nº 2663-2009-HC/TC, fundamento 6).

Control de decisiones erradas

4. Dado este criterio jurisprudencial que permite controlar decisiones en materia de tráfico ilícito de drogas y lavado de activos, con mayor razón se justifica su adopción para el caso de los delitos de terrorismo, que como ya lo ha señalado el Tribunal Constitucional, no solo crean un peligro efectivo para la vida y la integridad de las personas, sino también para la subsistencia del orden democrático constitucional (Exp. Nº 0010-2002-AI). Ello ha llevado al Perú a suscribir una serie de compromisos internacionales como la Convención Americana contra el Terrorismo, la que en su preámbulo reconoce que:

> "...el terrorismo constituye un grave fenómeno delictivo, que (...) atenta contra la democracia, impide el goce de los

> derechos humanos y las libertades fundamentales, amenaza la seguridad de los Estados, desestabilizando y socavando las bases de toda la sociedad, y afecta seriamente el desarrollo económico y social de los Estados de la región".

Definición del terrorismo

5. Adicionalmente, debe tenerse presente que si la adopción del Recurso de Agravio Constitucional para casos vinculados al Tráfico Ilícito de Drogas y lavado de activos se basó en instrumentos internacionales tales como la *Convención Internacional para la represión del financiamiento del terrorismo*, resulta a todas luces atendible que habiéndose ampliado el RAC para el delito fuente, deberá también ampliarse para el delito fin que constituye el terrorismo.

Control de decisiones en delito fin: terrorismo

6. Finalmente, cabe señalar que los casos que el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de revisar en aplicación de esta doctrina jurisprudencial le han permitido anular resoluciones del Poder Judicial que de manera irregular ordenaban el archivamiento de investigaciones fiscales (Exps. N.os 03245-2010-PHC/TC, y 03987-2010-PHC/TC) o que dejan sin efecto un auto de apertura de instrucción (Exp. Nº 0569-2011-PHC/TC) o mandatos de detención (Exp. Nº2488-2011-PHC/TC) indebidamente concedidos, todos ellos con la finalidad de evitar la impunidad y menoscabar la obligación constitucional de luchar contra el tráfico ilícito de drogas (artículo 8º de la Constitución). Algo similar sucede en el presente caso puesto que si bien los demandantes ya se encuentran condenados y la decisión materia de Recurso de Agravio Constitucional no anula sus condenas, es también importante a la luz del deber estatal de proteger a la población de las amenazas contra su seguridad (artículo 44º de la Constitución), ejercer un control de las condiciones carcelarias de los internos en materia de terrorismo no solo para cautelar sus derechos fundamentales sino también para evitar que los internos puedan continuar con la actividad ilícita al interior de la prisión así como evitar eventuales fugas.

Control de las condiciones carcelarias

7. Por lo expuesto, este Colegiado, atendiendo a la importancia para el mantenimiento del régimen constitucional y democrático que implica el combate contra el terrorismo, considera necesario complementar la regla jurisprudencial establecida a través de las sentencias Nº 2663-2009-HC/TC y 2748-2010-HC/TC, y en tal sentido entender que, más allá de los supuestos establecidos en el artículo 202º de la Constitución, este Tribunal es competente para revisar, vía Recurso de Agravio Constitucional, las sentencias

estimatorias expedidas en procesos constitucionales relativos al delito de terrorismo que en segunda instancia hayan declarado fundada la demanda.

Control de decisiones en el delito de terrorismo

II. Delimitación del petitorio

8. La presente demanda fue interpuesta con la finalidad de cuestionar las condiciones de reclusión a que están sujetos los demandantes, quienes son internos del Centro de Reclusión de Máxima Seguridad de la Base Naval del Callao (CEREC). Al respecto cuestionan 1) que no se les viene aplicando un sistema progresivo 2) La restricción en cuanto a las visitas que reciben, que consideran excesiva y 3) que no tienen acceso a la educación.

III. Cuestiones previas

9. Antes de entrar a resolver el fondo del asunto, este Tribunal considera necesario reiterar que el objeto de la Justicia Constitucional es el de hacer prevalecer la supremacía constitucional y los derechos fundamentales. Es por ello que este Tribunal Constitucional es competente únicamente para resolver asuntos de relevancia constitucional, y no resultan procedentes en esta vía las discusiones sobre la presunta contravención de normas legales sin referencia a disposiciones de orden constitucional.

Objeto de la justicia constitucional

10. En este sentido, si bien es materia del habeas corpus correctivo el "...derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena." (artículo 25, 17 del CPConst), ello no faculta a cuestionar ante la justicia constitucional toda controversia sobre la aplicación de normas legales o reglamentarias en el régimen penitenciario, sino solo aquellas que tengan relevancia constitucional.

Aplicación restrictiva del HC

11. Así, respecto del extremo en el que el demandante alega que no existe un director en el Penal, y que ello contraviene lo previsto en el Código de Ejecución Penal, este Tribunal entiende que se trata de una alegación desprovista de todo viso constitucional, únicamente basada en el alegado incumplimiento de la norma legal, por lo que carece de contenido constitucional y debe serle de aplicación el artículo 5 inciso 1 del Código Procesal Constitucional.

12. De otro lado, en uno de los extremos de la demanda se señala que las Fuerzas Armadas no tienen competencias constitucionales para hacerse cargo de la Administración Penitenciaria. Ello nos lleva a citar

lo ya resuelto por el Tribunal Constitucional en la STC Nº 2700-2006-HC/TC (fundamento 6), precisando que si bien es cierto que la custodia de los procesados y sentenciados que están en el CEREC está a cargo de efectivos de la Marina de Guerra del Perú, ello no convierte necesariamente a dicho establecimiento penitenciario en uno de carácter militar, por cuanto según el artículo 41º del Reglamento de dicho centro penitenciario (Decreto Supremo N.º 024-2001-JUS), es el comité técnico, presidido por el titular del INPE, el que asume la responsabilidad de supervisar el cumplimiento del Reglamento del CEREC.

Carácter no militar del establecimiento

13. Llama la atención lo afirmado por la sala que resolvió el presente hábeas corpus en segunda instancia, que consideró que el Tribunal Constitucional había errado en considerar al CEREC como un penal de carácter civil en virtud de que se señalaba que la Defensoría del Pueblo participaba de dicho Comité Técnico cuando ello no es así desde el año 2004. Al respecto, este Tribunal ratifica su criterio jurisprudencial y señala que según lo afirmado en el referido fundamento 6 de la STC 2700-2006-PHC/TC, lo que hace al CEREC un Establecimiento Penal Común –no militar- es que está a cargo de un Comité Técnico (liderado por el Presidente del INPE) y no de la Marina de Guerra del Perú. La mención a los integrantes es a título ejemplificativo, y si bien en cuanto a la conformación actual del Comité Técnico (modificación del artículo 41º del Reglamento del CEREC operada mediante Decreto Supremo Nº 010-2012-JUS) el referido Comité ya no es conformado por un representante de la Defensoría del Pueblo, ello no varía el sentido de lo decidido por el Tribunal Constitucional, puesto que el referido centro penitenciario está bajo la supervisión de un Comité presidido por el Jefe del INPE (y no la Marina de Guerra del Perú).

Carácter civil del establecimiento

14. Por consiguiente, este extremo de la demanda en el que se alega la falta de competencia de las Fuerzas Armadas para llevar a cabo la Administración Penitenciaria resulta improcedente por haber adquirido la calidad de cosa juzgada de conformidad con el artículo 6º del Código Procesal Constitucional.

15. Finalmente, en cuanto a lo señalado en el sentido de que se le viene aplicando el decreto Ley Nº 25744 y que el DS 024-2001-JUS viene siendo aplicado por encima de la Constitución y el Código de Ejecución Penal, es preciso apuntar que conforme al artículo 27º del Código Procesal Constitucional es deber del demandante en el proceso de hábeas corpus el suministrar una sucinta relación de los hechos. Es así que no pueden ser atendidas, a través del proceso de hábeas corpus, alegaciones tales como que se está aplicando determinada ley sin mención específica

a los hechos violatorios. No obstante, este Tribunal entiende que en el presente caso la invocación de una pretendida aplicación de los referidos decreto ley y reglamento ha sido utilizada como argumento para reforzar las alegaciones sobre concretos cuestionamientos al régimen penitenciario, las mismas que serán materia de pronunciamiento por parte de este Tribunal.

deber de suministrar una relación de los hechos

IV. LA PROGRESIVIDAD EN EL TRATAMIENTO PENITENCIARIO

Argumentos de los demandantes

16. Los demandantes afirman que en el CEREC no se les viene aplicando un régimen penitenciario progresivo, por lo que tienen el mismo régimen desde hace doce años. Ello según afirman contraviene el Código de Ejecución Penal.

Argumentos de los Demandados

17. El presidente del Instituto Nacional Penitenciario en su declaración vertida en el marco de la investigación sumaria ha señalado que el régimen penitenciario aplicable a los internos del CEREC es el previsto en el Decreto Supremo N.º 024-2001-JUS, el cual no contempla un sistema progresivo.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

18. Como se señaló anteriormente, siendo el objeto de los procesos constitucionales el efectuar un control de constitucionalidad, no constituye un argumento suficiente para sustentar una demanda en el marco de un proceso constitucional el señalar que el pretendido acto lesivo se ha dado en contravención de una norma legal. En este sentido, no resulta relevante la alegación consistente en que el Código de Ejecución Penal prevé que el régimen penitenciario debe ser progresivo. Tampoco, desde luego, son de recibo las réplicas consistentes en que sobre la base de la aplicación de la norma reglamentaria vigente la alegación no tiene asidero. Antes bien, de lo que se trata es de determinar si la alegación cuenta con sustento constitucional.

19. La instauración de un sistema progresivo, a través de los estímulos y apremios que implican el progresar o regresionar en el tratamiento según la conducta mostrada por el interno, sin duda coadyuva a cumplir el mandato resocializador previsto en el artículo 139, 22 de la Constitución. No obstante cabe señalar que el hecho de que coadyuve

a lograr dicho fin previsto en la norma constitucional, no conlleva que la instauración de este tipo de sistema constituya una consecuencia necesaria e ineludible del mandato resocializador.

El sistema progresivo y la resocialización

20. De modo análogo, para referirse a los beneficios penitenciarios, este Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de señalar que el artículo 139º, inciso 22 de la Constitución es claramente una norma de fin, esto es, que impone a los poderes públicos, y principalmente al legislador, la creación de un régimen orientado al cumplimiento de una finalidad, sin especificar cuáles son las acciones concretas que deben ejecutarse para su consecución. Ello significa que existe la obligación constitucional de proveer los medios para cumplir dicho fin, pero la Constitución no impone los medios que se deberán adoptar para lograrlo (Cfr. Exp. N.º 012-2010-PI, fundamentos 69-70).

Beneficios penitenciarios y los medios

21. Es en este sentido que este Tribunal ha señalado que si bien los beneficios penitenciarios son medidas que el legislador o la autoridad administrativa adopta en procura de alcanzar la readaptación social del penado, no es posible exigir al legislador la previsión de un concreto tipo de beneficios. Es decir, no existe un derecho fundamental a un concreto tipo de beneficios penitenciarios (Cfr. Exp. N.º 012-2010-PI/TC fundamento 72).

22. Lo mismo sucede con el sistema progresivo, que constituye un mecanismo que el legislador ha considerado conveniente, dentro de lo constitucionalmente posible, para lograr la finalidad adoptada, pero en modo alguno se trata de la única forma de ejecución de un mandato constitucional, por lo que el no haberlo previsto para el régimen excepcional del Centro de Reclusión de la Base Naval no genera un vicio de inconstitucionalidad, por lo que este extremo de la demanda debe ser desestimado.

V. VISITAS EN EL PENAL

Argumentos de los demandantes

23. Alegan que el régimen implantado en el CEREC es sumamente restrictivo puesto que solo puede recibir la visita de familiares de hasta el segundo grado de consanguinidad.

Argumentos de la parte demandada

24. El Procurador del INPE señaló que conforme lo prevé el reglamento del CEREC, los internos no solo tienen acceso a las visitas familiares

hasta el segundo grado de consanguinidad sino de otras personas lo que se denomina "visita especial".

Argumentos del Tribunal Constitucional

25. Este Tribunal ha señalado a través de su jurisprudencia que el afectar desproporcionadamente el derecho a la visita familiar de los reclusos podría atentar contra la finalidad resocializadora y reeducadora de la pena, enunciada en el artículo 139°, inciso 22), de la Norma Fundamental (Exp. N° 1429-2002-HC, fundamento11).

26. Ello desde luego no implica que no se puedan llevar a cabo restricciones a las visitas, las mismas que pueden justificarse en razones de seguridad penitenciaria o prevención de comisión de nuevos delitos.

27. Así por ejemplo este Tribunal en anterior ocasión, ha desestimado el hábeas corpus que fuera interpuesto por uno de los demandantes (Víctor Polay) en el que se cuestionaba la colocación de locutorios en el CEREC (Exp. N.° 774-2005-PHC/TC). Al respecto, dicha restricción del derecho a las visitas fue en su momento validada por este Tribunal Constitucional (Cfr Exp. N° 774-2005-HC).

28. En el presente caso, los demandantes alegan que el régimen penitenciario que se les viene aplicando resulta excesivamente restrictivo puesto que solo se permite recibir visitas de hasta el segundo grado de consanguinidad. Al respecto, cabe señalar que si bien el artículo 16 del Reglamento del CEREC establece que en las fechas de visita familiar pueden acudir hasta tres parientes de hasta el segundo grado de consanguinidad por cada interno, ello no representa todo el universo de visitas a que tienen derecho los internos, puesto que los artículos 22 y 23 del mismo reglamento posibilita la visita de otras personas que no sea familiares, lo que se denomina "visita especial".

29. Conforme a lo expuesto, se advierte que el régimen de visitas que se viene aplicando a los internos del CEREC no anula este derecho, puesto que sí permite la visita de familiares y amigos, siempre que, en caso de no tratarse de parientes de hasta el segundo grado de consanguinidad, ello sea aprobado por las autoridades penitenciarias.

30. Esta restricción para los que no son parientes cercanos resulta plenamente justificada en virtud del carácter de cabecilla que tienen los internos del referido penal, y en la necesidad de evitar que puedan, desde el centro de reclusión, emitir directivas.

31. A su vez, es necesario reiterar lo ya considerado en la STC 774-2005-PHC/TC, relativa a las restricciones del derecho a las visitas de procesados por terrorismo que:

> "(...)se ha visto que en muchas oportunidades han sido los familiares y las amistades de las personas privadas de libertad las que han colaborado con éstas para la consecución de acciones delictivas estando en las cárceles o para una posible fuga. Con relación de la CEREC, la peligrosidad de los internos amerita una intervención de mayor cuidado que con otras personas que se hallan en la misma situación, dada su actuación como líderes de organizaciones terroristas como Sendero Luminoso o el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru, entre otras" (774-2005-HC fundamento 17).

32. Conforme a lo expuesto, este Tribunal Constitucional entiende que el régimen vigente en el Centro de Reclusión ubicado en la Base Naval relativo a las visitas no constituye una restricción ilegítima ni irrazonable del derecho a las visitas, por lo que este extremo de la demanda debe ser desestimado.

VI. LA EDUCACIÓN EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO

Argumentos de los demandantes:

33. Señalan que dentro del CEREC no se les permite acceder a ninguna clase de educación técnica.

Argumentos de los demandados:

34. Según la declaración del Jefe del INPE, vertida en el marco de la investigación sumaria, el reglamento del INPE solo contempla el uso de la biblioteca, por lo que no le es aplicable la educación técnica que reclaman.

Argumentos del Tribunal Constitucional

35. Respecto del derecho a la educación en el marco del tratamiento penitenciario, cabe señalar, en primer lugar, que las personas privadas de libertad solo se ven restringidas en aquellos derechos que así se declare en la sentencia, es decir, los relativos a la libertad personal, además de aquellos que se sean restringidos por disposiciones expresas, como por ejemplo los derechos políticos por mandato del artículo 33 de la Constitución. Siendo así, no puede concebirse que la pena privativa

El derecho a la educación

de libertad constituya un espacio en el que el derecho a la educación se vea *per se* suprimido.

36. Debe tenerse presente, al respecto, que las "*Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos*" de la ONU recomiendan que "*...se deberá recurrir, en particular, a la asistencia religiosa, en los países en que esto sea posible,* ***a la instrucción, a la orientación y la formación profesionales,*** *a los métodos de asistencia social individual, al asesoramiento relativo al empleo, al desarrollo físico y a la educación del carácter moral, en conformidad con las necesidades individuales de cada recluso*".

37. Asimismo, este Tribunal Constitucional ha señalado que durante el tiempo que las personas condenadas tengan que estar recluidas en un establecimiento penitenciario para cumplir la sanción penal que se les ha impuesto tienen derecho a que **se les imparta educación**, puedan realizar actividades que supongan su desempeño laboral y a ejercer actividades recreativas e incluso culturales. (Cfr. Exp. N.º 05954-2007-PHC/TC, fundamento 8.ii).

38. Ello incluso ha sido recogido por el Código de Ejecución Penal que en su artículo 69 prevé que:

> "En cada Establecimiento Penitenciario se promueve la educación del interno para su formación profesional o capacitación ocupacional. Los programas que se ejecutan están sujetos a la legislación vigente en materia de educación".

39. Conforme a lo expuesto, este extremo de la demanda resulta una pretensión legítima que no ha sido respondida por la entidad emplazada de manera satisfactoria. En efecto, si bien en la vista de causa el Procurador en materia de terrorismo que participó en calidad de litsiconsorte señaló que le habían dicho que uno de los demandantes se encuentra actualmente haciendo estudios universitarios a distancia, dicha afirmación no se condice con lo señalado por el Presidente del INPE en el marco de la investigación sumaria en el sentido de que conforme al Reglamento del Centro de Reclusión de la Base naval no corresponde que se implemente ningún programa formativo. En efecto el Reglamento del CEREC no contempla ningún programa formativo, lo que resulta contrario al derecho a la educación, por lo que este extremo de la demanda debe ser declarado fundado.

40. No obstante la estimatoria de este extremo, el Tribunal es consciente de las competencias de la Administración Penitenciaria y del Poder Ejecutivo. En este sentido, siendo el caso que las condiciones carcelarias del CEREC resultan violatorias del derecho a la educación, debe

ordenarse al Poder Ejecutivo para que, en el marco de sus competencias, modifique el Reglamento del referido establecimiento penal (Decreto Supremo Nº 024-2001-JUS) de manera que se permita, de un modo acorde con las condiciones de máxima seguridad que permita estudiar a los internos al interior del establecimiento penal.

VII. EFECTOS DE LA SENTENCIA

41. En cuanto a la estimatoria del extremo de la demanda relativo a la violación del derecho a la educación de los internos, este Tribunal debe resaltar que solo se ordena al Poder Ejecutivo que, en el marco de sus competencias, modifique el reglamento del Centro de Reclusión de la Base Naval (Decreto Supremo Nº 024-2001-JUS) para que se contemple la posibilidad de que los internos puedan estudiar al interior del Penal en el que se encuentran purgando condena, lo que no implica en modo alguno el traslado de los internos a otro penal.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADO** en parte el recurso de agravio constitucional interpuesto por el procurador del Instituto Nacional Penitenciario y en consecuencia:

a) Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en los extremos que cuestiona la pretendida contravención al Código de Ejecución Penal por no existir un director del Penal; así como el extremo en el que se alega que el CEREC indebidamente le otorga la administración del centro penitenciario a las Fuerzas Armadas sin que tengan competencia para ello.

b) Declarar **INFUNDADA** la demanda en los extremos referidos al régimen de visitas y progresividad en el tratamiento penitenciario.

c) Declarar **FUNDADA** la demanda en el extremo referido a la educación y en tal sentido ordenar al Poder Ejecutivo para que modifique el Reglamento del Centro de Reclusión de Máxima Seguridad de la Base Naval CEREC (Decreto Supremo Nº 024-2001-JUS) a fin de que se permita estudiar a los internos dentro del referido establecimiento penal.

2. Declarar, conforme a lo señalado en el fundamento Nº 41 de la presente sentencia, que la estimatoria parcial de la misma no implica en modo alguno el traslado de los internos a otro centro penitenciario.

3. Establecer como doctrina jurisprudencial conforme al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en los procesos constitucionales relacionados con el delito de terrorismo en los que se haya dictado sentencia

estimatoria de segundo grado, la Procuraduría del Estado correspondiente se encuentra excepcionalmente habilitada para la interposición del *recurso de agravio constitucional*, el mismo que debe ser concedido por las instancias judiciales, conforme a lo señalado en el fundamento Nº 7 de la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.
URVIOLA HANI
VERGARA GOTELLI
ETO CRUZ

EXP. N.° 01711-2014-PHC/TC
LIMA
VÍCTOR POLAY CAMPOS
Y OTROS

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MESÍA RAMÍREZ

Suscribo el presente voto singular por los siguientes fundamentos:

1. El artículo 202.2° de la Constitución establece que el Tribunal Constitucional solo conoce de las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento.

2. En ese sentido, el artículo 18 del Código Procesal Constitucional lo ratifica al disponer lo siguiente:

> "Contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, dentro del plazo de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución. Concedido el recurso, el Presidente de la Sala remite al Tribunal Constitucional el expediente dentro del plazo máximo de tres días, más el término de la distancia, bajo responsabilidad".

3. En consecuencia, corresponde declarar la nulidad del concesorio del recurso de Agravio Constitucional, pues al declararse fundada la demanda de habeas corpus en segunda instancia, dicho recurso debía ser desestimado.

4. Se advierte, en consecuencia; que los jueces de la Quinta Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima han concedido un recurso impugnatorio, en evidente y flagrante violación de la Constitución y la ley.

Por estas consideraciones mi voto es porque se declare:

1. **Nulo** el concesorio del Recurso de Agravio Constitucional y, en consecuencia, firme la Resolución de la Quinta Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima.

2. Disponer que el a-quo, notifique con copia de la presente resolución a la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial, así como al Consejo Nacional de la Magistratura, a fin que procedan conforme a sus atribuciones, si lo consideran pertinente.

S.
MESÍA RAMÍREZ

EXP. N.° 01711-2014-PHC/TC
LIMA
VÍCTOR POLAY CAMPOS
Y OTROS

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ÁLVAREZ MIRANDA

Emito el presente voto singular por cuanto no comparto el extremo de la demanda relacionado a la alegada violación del derecho a la educación de los favorecidos pues, a mi juicio, debe ser declarado **INFUNDADO**.

1. En primer lugar estimo pertinente precisar que coincido con mis colegas magistrados en lo relacionado a ampliar la procedencia del recurso de agravio constitucional a escenarios en los cuales se ha declarado, en segunda instancia, fundada la demanda de habeas corpus o amparo en materia de terrorismo, el Tribunal Constitucional solamente debería limitarse a conocer los extremos relacionados a excarcelación o traslado de internos, al ser cuestiones que pueden poner en peligro al orden democrático constitucional. El ordenamiento jurídico, en mi opinión, debe ser lo suficientemente dúctil para salvaguardarlo, en la medida que siempre tiene un fin instrumental. Si el Estado existe, es para garantizar la convivencia social de manera civilizada. De modo que, sus normas tienen que necesariamente adecuarse a la realidad y evitar, con firmeza, que la insania subversiva socave las bases en que se cimienta el Estado y genere zozobra en la población, aunque respetando en todo momento los derechos fundamentales de los involucrados en estos actos delictivos.

2. Si bien es cierto que se determinó que únicamente proceden tales medios impugnatorios contra resoluciones judiciales que tienen carácter desestimativo (salvo que se trate de asuntos relacionados con el tráfico ilícito de drogas o lavado de activos), el Tribunal Constitucional no puede permanecer indiferente ante arbitrariedades judiciales que, sin mayor sustento, favorecen irresponsablemente a condenados por un delito tan grave como es el terrorismo, incluso desacatando pronunciamientos que sobre el particular este Colegiado ha expedido, lo cual es singularmente grave para la protección de las libertades de los ciudadanos y la preservación del Estado Constitucional de Derecho. Por tal motivo, se justifica ampliar la procedencia del citado recurso impugnatorio a fin de impedir que se

excarcele a terroristas que todavía no han cumplido su condena, o que producto de su traslado a otro recinto penitenciario, éstos puedan fugar o producir revueltas que puedan terminar tomando el control del penal, como ocurrió hace algunos años. No podemos ignorar que la capacidad organizativa de los grupos terroristas es importante aún al interior de los penates de máxima seguridad, pues su poder de intimidación a los custodios es superior a la de cualquier banda de delincuencia común.

3. No obstante lo sostenido por mis colegas magistrados considero que el extremo de la demanda relacionado a la presunta vulneración del derecho a la educación de los demandantes pues, como quedó claro en la audiencia, algunos de ellos vienen siguiendo estudios a distancia.

Si lo que desean es **instrucción técnica** pues existe un déficit de esa mano de obra, debe tenerse presente que por encontrarse privados de su libertad en un establecimiento de máxima seguridad, resulta razonable que se limite el acceso a herramientas que si bien pueden ser utilizadas para reparar, por ejemplo, un motor, también puede ser empleadas para realizar construcciones clandestinas como las efectuadas en el Pabellón Azul de El Frontón, las que sirvieron de búnker para el motín. Además, la instalación de un laboratorio en un penal donde se custodia a líderes terroristas resulta, por lo demás, algo completamente irrazonable, no solo debido a que las condiciones del recinto no lo permiten, sino también por la facilidad con que se podrían usar las sustancias químicas para la fabricación de explosivos.

En tal sentido, no es una arbitrariedad que se les impida acceder a esa clase de instrucción.

Por estos fundamentos, considero necesario apartarme de la posición de mis colegas únicamente en el extremo relacionado a la alegada vulneración del derecho a la educación pues, corno lo he expuesto, tal pretensión es manifiestamente **INFUNDADA**. Adicionalmente a ello, también estimo que se debe ordenar a la OCMA y al CNM investigar el proceder de los jueces que, en segunda instancia, estimaron la presente demanda, contraviniendo lo señalado por este Tribunal Constitucional.

S.
ÁLVAREZ MIRANDA

EXP. N.° 01711-2014-PHC/TC
LIMA
VÍCTOR POLAY CAMPOS
Y OTROS

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ETO CRUZ

Aún cuando me encuentro conforme con los fundamentos y el fallo de la sentencia suscrita junto a mis colegas, emito el presente fundamento de voto en atención a las consideraciones siguientes:

§I. Delimitación del petitorio

1. El objeto de la presente demanda de hábeas corpus, planteada por los señores Víctor Polay Campos, Peter Cárdenas Schulte, Óscar Ramírez Durand y Miguel Rincón Rincón, internos del Centro de Reclusión de la Base Naval (CEREC), y dirigida contra el Presidente del Instituto Nacional Penitenciario (INPE), radica en cuestionar las condiciones de reclusión a las cuales están sujetos en dicho centro, y específicamente, las siguientes restricciones: a) que no se les viene aplicando un sistema progresivo; b) que la restricción en cuanto a las visitas resulta excesiva; y c) que no tienen acceso a la educación.

2. En tal sentido, nos encontramos ante un hábeas corpus de tipo *correctivo*, orientado a garantizar el derecho del detenido o recluso "a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena" [artículo 25° inciso 17 del Código Procesal Constitucional].

§II. Sobre la solicitud de traslado del Centro Especial de Reclusión de la Base Naval del Callao (CEREC) a otro centro penitenciario

3. En primer lugar, debemos mencionar que uno de los extremos de la demanda incoada se encuentra orientado a cuestionar la naturaleza jurídica del establecimiento penitenciario en el que los demandantes se encuentran cumpliendo su condena: el Centro Especial de Reclusión de la Base Naval del Callao; señalándose, al respecto, que las Fuerzas Armadas no tienen competencias constitucionales para hacerse cargo de la Administración Penitenciaria.

4. Sobre este cuestionamiento, se debe recordar que este Tribunal ya ha definido, en un anterior proceso de hábeas corpus iniciado por uno de los ahora demandantes (Sr. Polay Campos), que si bien es cierto la custodia de los procesados y sentenciados que están en el CEREC está a cargo de efectivos de la Marina de Guerra del Perú "ello no convierte, necesariamente, a dicho establecimiento penitenciario en uno de carácter militar, por cuanto que según el artículo 41° del

mencionado Decreto Supremo, es el Comité Técnico, presidido por el Presidente del INPE –en representación del Ministerio de Justicia–, un representante de la Defensoría del Pueblo entre otros, el que asume la responsabilidad de supervisar el cumplimiento del Reglamento del CEREC. Por lo que este extremo de la demanda debe ser desestimada" [STC N.º 02700-2006-HC/TC, fundamento 6].

En tal sentido, y en la medida en que esta pretensión fue desestimada a través de una sentencia de fondo respecto del mencionado demandante, su replanteamiento en este proceso constitucional debe ser declarado improcedente, en aplicación del artículo 6º del Código Procesal Constitucional ["En los procesos constitucionales sólo adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncie sobre el fondo"], siguiendo el mismo criterio establecido en la STC N.º 02464-2011-PHC/TC, fundamento 3.

5. No obstante, y tal como lo sustentara en mi voto singular recaído en la STC N.º 02464-2011-PHC/TC, considero que no obstante el carácter formalmente civil que ostenta el centro penitenciario en cuestión, no menos cierto es que la habilitación de un centro de reclusión al interior de la Base Naval del Callao fue una medida adoptada en condiciones excepcionales que en determinado momento vivió nuestro país. Tales circunstancias, al día de hoy podrían haber cambiado. En tal sentido, estimo que sería conveniente que las autoridades competentes efectúen una evaluación de la situación actual a fin de determinar si, al día de hoy, se mantiene la necesidad de contar con un centro penitenciario ubicado al interior de una base de carácter militar.

6. No obstante ello, siendo evidente que la evaluación de esta situación debe ser dilucidada por el Poder Ejecutivo y no por este Tribunal Constitucional (por cuanto ello comporta evaluar las actuales condiciones de seguridad nacional, así como determinar si actualmente algún centro penitenciario de nuestro país cumple con las medidas de seguridad requeridas para albergar a la población penitenciaria que actualmente cumple condena en el CEREC), evaluación que deberá ser efectuada caso por caso el INPE, toda vez que esta entidad ostenta la competencia exclusiva para decidir el centro penitenciario en el que se cumplirán las penas privativas de liberad (artículo 2º del Código de Ejecución Penal).

7. Por consiguiente, considero que las circunstancias actuales determinan que el extremo de la demanda relativo al traslado del favorecido no puede ser estimatorio, pero resulta necesario que el Poder Ejecutivo evalúe -con el concurso de los sectores Justicia y Defensa- la necesidad de mantener el CEREC como un centro penitenciario ubicado al interior de una base de la Marina de Guerra del Perú.

§III. Sobre las condiciones de reclusión

8. El Tribunal Constitucional ha expresado que incluso en el caso de los delitos más graves resulta vedada la imposición de penas inhumanas o degradantes. En

ese sentido sería inconcebible que la pena venga aparejada, a su vez, de tratos crueles e inhumanos que provoquen la humillación y envilecimiento en la persona [STC N.º 0010-2002-AI/TC]. Y es que cualquier acto que, al margen de su intencionalidad, incida o repercuta de forma desproporcionada en derechos que no están restringidos por la pena impuesta, afecta el derecho y principio a la dignidad. La condición digna es consustancial a toda persona y el hecho de que esté restringido el derecho a la libertad personal como consecuencia de una sanción penal, por más abominable y execrable que haya sido el hecho que motivara su aplicación, nunca enervará o derogará el núcleo fundamental de la persona, su dignidad [STC N.º 1429-2002-HC/TC].

9. En esa dirección, en cuanto a las condiciones en que se efectúan las visitas en el establecimiento penitenciario, este Tribunal ha señalado que la afectación desproporcionada del derecho a la visita familiar de los reclusos puede atentar contra la finalidad resocializadora y reeducadora de la pena, en clara contravención del principio constitucional del régimen penitenciario, enunciado en el artículo 139°, inciso 22, de la Norma Fundamental [STC N.º 1429-2002-HC/TC].

10. En el presente caso, lo que cuestionan los demandantes es que el régimen penitenciario que rige en el CEREC es sumamente restrictivo, pues sólo pueden recibir la visita de familiares de hasta el segundo grado de consanguinidad, cuando el Código de Ejecución Penal prevé en su régimen más restrictivo que los internos tiene derecho de visitas de familiares hasta el cuarto grado. En ese sentido, alegan que ello atenta contra la protección que la Constitución brinda a la familia y a su medio familiar.

11. Al respecto, en la sentencia que suscribo, se afirma que el régimen de visitas que se viene aplicando a los internos del CEREC no anula este derecho, puesto que sí se permite la visita de familiares y amigos (artículo 16º del Reglamento del CEREC), siempre que, en caso de no tratarse de parientes de hasta el segundo grado de consanguinidad, ello sea aprobado por las autoridades penitenciarias (artículos 22º y 23º del mencionado Reglamento). En ese sentido, se concluye que el régimen vigente en el Centro de Reclusión ubicado en la Base Naval relativo a las visitas no constituye una restricción ilegítima ni irrazonable del derecho a las visitas, por lo que este extremo de la demanda debe ser desestimado.

12. Sin perjuicio de ello, considero que es conveniente resaltar que toda privación de libertad que sufra un recluso (como los favorecidos en autos) debe respetar determinados estándares que se condigan con el principio-derecho de dignidad.

13. Al respecto, es pertinente señalar que las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos -aprobadas por el Consejo Económico y Social de la ONU en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977- en especial en cuanto a lo referido al contacto con el mundo exterior, establece lo siguiente:

> "37. Los reclusos estarán autorizados para comunicarse periódicamente, bajo la debida vigilancia, con su familia y con amigos de buena reputación, tanto por correspondencia como mediante **visitas**".
>
> "39. Los reclusos deberán ser **informados periódicamente de los acontecimientos más importantes**, sea por medio de la lectura de los diarios, revistas o publicaciones penitenciarias especiales, sea por medio de emisiones de radio, conferencias o cualquier otro medio similar, autorizado o fiscalizado por la administración".

14. Ciertamente, si bien las Reglas Mínimas no son, en estricto, un Tratado Internacional, conforme lo ha previsto este Tribunal Constitucional (Exp. N° 01575-2007-PHC/TC) aquellas deben ser empleadas como un criterio interpretativo de las normas constitucionales e internacionales que consagran el respecto de la integridad personal, a la dignidad, a la libertad, a la integridad de las personas privadas de libertad.

15. De otro lado, entre las condiciones mínimas a ser cumplidas se encuentra también el beneficio penitenciario de visita íntima. Como ya lo ha señalado el Tribunal Constitucional en anterior oportunidad::

> "La relación sexual entre el interno y su pareja es uno de los ámbitos del libre desarrollo de la personalidad que continua protegido aún en prisión, a pesar de las restricciones legítimas conexas a la privación de la libertad. Y es que, tratándose de personas privadas de la libertad, se hace esencial para los internos y su pareja el poder relacionarse en el ámbitto sexual ya que este tipo de encuentros, además de tener como sustrato un aspecto físico, trasciende al psicológico y al ser positivo repercute en el estado de bienestar de la pareja" [STC N.° 1575-2007-PHC/TC, fundamento 25].

En ese sentido, el Tribunal determina que los internos de un establecimiento penitenciario, en virtud de su derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, tienen derecho a la *visita íntima* bajo condiciones de periodicidad, intimidad, salubridad y seguridad, en la medida que lo permitan las limitaciones mismas que se derivan de la reclusión y las normas que regulan la materia [fundamento 26].

Desde luego, este beneficio se encuentra reconocido para todos los internos, no debiendo sujetarse a ningún tipo de discriminación [fundamento 28], por lo que no es de recibo una interpretación restrictiva del artículo 58° del Código de Ejecución Penal en el sentido de que este beneficio únicamente sea aplicable a personas que tengan vínculo matrimonial vigente o hayan mantenido concubinato antes de ser privadas de su libertad personal, antes bien, debe entenderse como una enumeración meramente enunciativa.

16. En definitiva, y tal lo expresara en el voto singular recaído en la STC N.º 02464-2011-PHC/TC, considero que entre las condiciones mínimas de reclusión de los favorecidos que deben ser cumplidas, se encuentran las siguientes:

> a) Que la visita se realice en condiciones dignas, de conformidad con lo señalado en el fundamento 13 supra.
>
> b) Que se permita a los internos Víctor Polay Campos, Peter Cárdenas Schulte, Óscar Ramírez Durand y Miguel Rincón Rincón el derecho a la visita íntima, de conformidad con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, aprobadas por el Consejo Económico y Social de la ONU, y a lo ya previsto por este Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en la STC N.º 1575-2007-PHC/TC (fundamento 15 *supra*).

§IV. Sobre el derecho a la educación

17. Finalmente, los demandantes aducen que, dentro del CEREC, no se les permite acceder a ninguna clase de educación técnica; hecho que se ve corroborado con la declaración del Presidente del INPE, quien ha señalado que conforme al Reglamento del CEREC no corresponde que se implemente ningún programa formativo.

18. En relación a ello, nuevamente, también las Reglas Mínimas de la ONU antes aludidas, señalan como una de sus recomendaciones, lo siguiente:

> "40. Cada establecimiento deberá tener **una biblioteca para el uso de todas las categorías de reclusos**, suficientemente provista de libros instructivos y recreativos. Deberá instarse a los reclusos a que sirvan de la biblioteca lo más posible".
>
> "66.1) (...) **se deberá recurrir**, en particular, a la asistencia religiosa, en los países en que esto sea posible, **a la instrucción, a la orientación y la formación profesionales** (...) **a la educación moral, en conformidad con las necesidades individuales de cada recluso**. Se deberá tener en cuenta su pasado social y criminal, su capacidad y aptitud físicas y mentales, sus disposiciones personales, la duración de su condena y las perspectivas después de su liberación".

19. En consonancia con este postulado, también este Tribunal Constitucional ha expresado, en anteriores oportunidades, que durante el tiempo que las personas condenadas tengan que estar recluidas en un establecimiento penitenciario para cumplir la sanción penal, tienen derecho a que se les imparta educación, puedan realizar actividades que supongan su desempeño laboral y a ejercer actividades recreativas e incluso culturales [STC N.º 05954-2007-PHC/TC, fundamento 8.ii)]. En esa misma dirección, el artículo 69º del Código de Ejecución Penal establece que

> "En cada Establecimiento Penitenciario se promueve la educación del interno para su formación profesional o capacitación ocupacional. Los programas que se ejecutan están sujetos a la legislación vigente en materia de educación".

20. Por todas estas razones, concuerdo igualmente con la sentencia que suscribo, por lo que debe ordenarse al Poder Ejecutivo a modificar el Reglamento del CEREC (Decreto Supremo N.º 024-2001-JUS), de manera que, de un modo acorde con las condiciones de máxima seguridad, se permita estudiar a los internos demandantes, al interior del mencionado establecimiento penal.

Por estos fundamentos, mi voto es por que se resuelva:

1. Declarar **FUNDADO** en parte el recurso de agravio constitucional interpuesto por el procurador del Instituto Nacional Penitenciario y en consecuencia:

> a) Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en los extremos que cuestiona la pretendida contravención al Código de Ejecución Penal por no existir un director del Penal; así como el extremo en el que se alega que el CEREC indebidamente le otorga la administración del centro penitenciario a las Fuerzas Armadas sin que tengan competencia para ello; sin perjuicio de lo expresado en el fundamento 7 *supra*.
>
> b) Declarar **INFUNDADA** la demanda en los extremos referidos al régimen de visitas y progresividad en el tratamiento penitenciario; sin perjuicio de lo establecido en el fundamento 16 *supra*.
>
> c) Declarar **FUNDADA** la demanda en el extremo referido a la educación y en tal sentido ordenar al Poder Ejecutivo para que modifique el Reglamento del Centro de Reclusión de Máxima Seguridad de la Base Naval CEREC (Decreto Supremo N.º 024-2001-JUS) a fin de que se permita estudiar a los internos dentro del referido establecimiento penal

2. Declarar, conforme a lo señalado en el fundamento Nº 41 de la sentencia, que la estimatoria parcial de la misma no implica en modo alguno el traslado de los internos a otro centro penitenciario.

3. Exhortar al Poder Ejecutivo para que, conforme a lo referido en los fundamentos 5, 6 y 7 *supra*, evalúe la continuidad del CEREC como establecimiento penitenciario.

4. Establecer como doctrina jurisprudencial conforme al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en los procesos constitucionales relacionados con el delito de terrorismo en los que se haya dictado sentencia estimatoria de segundo grado, la Procuraduría del Estado correspondiente se encuentra excepcionalmente habilitada para la interposición del *recurso de agravio constitucional*, el mismo que debe ser concedido por las instancias judiciales, conforme a lo señalado en el fundamento Nº 7 de la presente sentencia.

Sr. ETO CRUZ

Este libro se terminó de imprimir
en octubre del 2016 en los
talleres gráficos de
Pacífico Editores S.A.C.
Jr. Castrovirreyna N.° 224 - Breña
Telefax: 332-6117 / Central: 330-3642
Lima-Perú