César E. San Martín Castro

Miguel R. Pérez Arroyo

JURISPRUDENCIA

PENAL, PROCESAL PENAL Y DE EJECUCIÓN PENAL VINCULANTE Y RELEVANTE

(2004-2019)

3º Edición
Actualizada y Aumentada

2019

INPECCP
INSTITUTO PERUANO DE CRIMINOLOGÍA Y CIENCIAS PENALES
FONDO EDITORIAL

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

César E. San Martín Castro

Profesor principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú

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

Miguel R. Pérez Arroyo

Presidente del Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales

Exmagistrado Penal del Poder Judicial

Profesor de Derecho Procesal Penal y Criminología

Master en Criminología

Doctor en Derecho

JURISPRUDENCIA

PENAL, PROCESAL PENAL Y DE EJECUCIÓN PENAL VINCULANTE Y RELEVANTE

(2004-2019)

Investigador

Luis Carlos Riega Cayetano

2019

INPECCP
INSTITUTO PERUANO DE CRIMINOLOGÍA Y CIENCIAS PENALES
FONDO EDITORIAL

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

JURISPRUDENCIA

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

© CÉSAR E. SAN MARTÍN CASTRO

© MIGUEL R. PÉREZ ARROYO

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

DISEÑO DE PORTADA
JANET TORRES NICHO

EDITORES

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

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

PRIMERA EDICIÓN: NOVIEMBRE 2014

SEGUNDA EDICIÓN: ENERO 2018

TERCERA EDICIÓN: NOVIEMBRE 2019

TIRAJE: 1,000 EJEMPLARES

ISBN: 978-612-47050-4-5

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

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

Printed in Peru

ABREVIATURAS

Art. / Arts. Artículo / Artículos

Const. Constitución Política de 1993.

CEP. Código de Ejecución Penal.

ACPP. Código de Procedimientos Penales.

CP. Código Penal.

CPP. Código Procesal Penal 2001.

NCPP. Código Procesal Penal 2004.

CT. Código Tributario.

CADH Convención Americana de Derechos Humanos.

CPI Corte Penal Internacional.

DUDH Declaración Universal de Derechos Humanos.

D. Leg. Decreto Legislativo.

ECPI Estatuto de la Corte Penal Internacional.

LOPJ Ley Orgánica del Poder Judicial.

LOMP Ley Orgánica del Ministerio Público.

LPT. Ley Penal Tributaria.

PIDCP Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

R.N. Recurso de Nulidad.

T.P. Título Preliminar.

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

ÍNDICE TEMÁTICO

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

I. Derecho Penal
Parte general

1. **De la Ley Penal** 1

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

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

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

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

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

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

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

2. **DEL HECHO PUNIBLE** 39

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

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

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

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

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

C. **AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN** 101

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

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

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

3. **DE LAS PENAS**

A. **CLASES DE PENA** 127

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

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

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

B. **APLICACIÓN DE LA PENA** 145

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

C. **Refundición de Penas**..... 221

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

D. **Conversión de La Pena**..... 223

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

E. SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA 234

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

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

F. RESERVA DEL FALLO CONDENATORIO 237

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

4. DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD 241

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

PARTE ESPECIAL

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

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

Acuerdo Plenario N° 09-2019/CIJ-116

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

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

Acuerdo Plenario N° 3-2006/CJ-116

3. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD 366

A. VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL 366

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

Acuerdo Plenario N° 1-2015/CIJ 116

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

Acuerdo Plenario N° 1-2012/CJ-116

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

Acuerdo Plenario N° 3-2011/CJ-116

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

Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116

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

Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116

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

Casación N° 335-2015-DEL SANTA

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

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

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

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

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

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

B. PROXENETISMO 446

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

4. DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO 448

A. Hurto 448

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

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

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

B. ROBO 464

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

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

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

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

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

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

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

C. APROPIACIÓN ILÍCITA 494

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

D. ESTAFA 499

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

E. USURPACIÓN 503

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

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

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

5. DELITOS TRIBUTARIOS Y ADUANEROS 512

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

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

6. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA 525

A. DELITO DE PELIGRO COMÚN 525

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

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

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

B. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS 536

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

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

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

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

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

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

7. DELITOS AMBIENTALES 559

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

8. DELITOS CONTRA LA TRANQUILIDAD PÚBLICA 562

A. TERRORISMO 562

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

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

9. DELITOS CONTRA LA HUMANIDAD 597

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

10. DELITOS CONTRA LA VOLUNTAD POPULAR 626

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

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

A. VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD 642

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

12. DELITOS CONTRA LA FE PÚBLICA 893

A. FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS EN GENERAL 893
§145. Configuración del delito de Falsedad documental 893
Casación N° 1121-2016-PUNO

ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

ACUERDOS PLENARIOS

AÑO 2005

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

AÑO 2006

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

AÑO 2007

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

AÑO 2008

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

AÑO 2009

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

AÑO 2010

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

AÑO 2011

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

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

AÑO 2012

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

AÑO 2015

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

AÑO 2016

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

AÑO 2017

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

AÑO 2019

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

CASACIONES

AÑO 2005

- Casación N° 2016-2005-Huánuco

AÑO 2006

- Casación N° 2860-2006-Ancash

AÑO 2007

- Casación N° 03-2007-Huaura

AÑO 2008

- Casación N° 02-2008-La Libertad

AÑO 2009

- Casación N° 54-2009-La Libertad

AÑO 2010

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

AÑO 2011

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

AÑO 2012

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

AÑO 2013

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

AÑO 2014

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

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

AÑO 2015

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

AÑO 2016

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

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

AÑO 2017

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

AÑO 2018

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

AÑO 2019

- Casación N° 126-2019-Ica

CONSULTAS

AÑO 2004

- Consulta N° 126 -2004-Lima

AÑO 2014

- Consulta N° 16-2014-Lima

COMPETENCIA

AÑO 2001

- Competencia N° 18-2001

QUEJA

- Queja N° 1678-2006-Lima

RECURSOS DE NULIDAD

AÑO 2004

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

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

AÑO 2005

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

AÑO 2006

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

AÑO 2009

- Recurso de Nulidad Nº 4216-2009-Lima

AÑO 2010

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

AÑO 2011

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

AÑO 2012

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

AÑO 2013

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

AÑO 2014

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

AÑO 2015

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

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

AÑO 2016

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

AÑO 2017

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

AÑO 2018

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

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

SENTENCIAS PLENARIAS

AÑO 2005

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

AÑO 2013

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

AÑO 2015

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

AÑO 2017

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

PRÓLOGO A LA TERCERA EDICIÓN ACTUALIZADA Y AUMENTADA (2019)

POR CÉSAR E. SAN MARTÍN CASTRO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Lima, noviembre del 2019

PRÓLOGO A LA TERCERA EDICIÓN ACTUALIZADA Y AUMENTADA (2019)

POR MIGUEL R. PÉREZ ARROYO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Lima, noviembre del 2019

DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

1. DE LA LEY PENAL

A. APLICACIÓN TEMPORAL DE LA LEY PENAL

01

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

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

RESUMEN:

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

FUNDAMENTOS:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

02

§2. Concurso real retrospectivo

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

RESUMEN:

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

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

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

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

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

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

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

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

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

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

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

03

§3. Concurso real retrospectivo

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

RESUMEN:

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

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

DOCTRINA JURISPURDENCIAL

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

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

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

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

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

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

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

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

04

§4. Concurso real retrospectivo

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

RESUMEN:

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

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

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

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

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

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

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

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

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

05

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

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

RESUMEN:

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

FUNDAMENTOS:

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

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

06

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

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

RESUMEN:

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

FUNDAMENTOS:

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

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

07

§7. Sustitución de penas por retroactividad benigna

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

RESUMEN:

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

FUNDAMENTOS:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

FUNDAMENTOS DEL VOTO SINGULAR:

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

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

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

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

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

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

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

08

§8. Aplicación retroactiva del sistema de tercios

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

RESUMEN:

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

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

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

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

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

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

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

Artículo 6.

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CUARTO. Costas procesales

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

09

§9. Rechazo de solicitud de sustitución de pena

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

RESUMEN:

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

CONSIDERANDO:

PRIMERO. EXPRESIÓN DE AGRAVIOS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SEGUNDO. ANTECEDENTES

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

TERCERO. ANÁLISIS DEL CASO

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

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

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

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

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

---

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

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

10

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

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

RESUMEN:

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

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

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

FUNDAMENTOS:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. APLICACIÓN PERSONAL

11

§11. Principio de igualdad ante la ley

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

RESUMEN:

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

FUNDAMENTOS:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. EL HECHO PUNIBLE

A. BASES DE PUNIBILIDAD

12

§12. Las rondas campesinas y el Derecho Penal

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

RESUMEN:

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

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

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

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

FUNDAMENTOS:

1. Aspectos generales.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Alcance de la Jurisdicción Especial Comunal-Rondera:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El Rondero ante el Derecho Penal

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. CAUSAS QUE EXIMEN O ATENÚAN LA RESPONSABILIDAD PENAL

13

§13. Inimputabilidad por grave alteración de la conciencia

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

RESUMEN:

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

FUNDAMENTOS

SEGUNDO: SUSTENTO NORMATIVO

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

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

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

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

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

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

RESPECTO A LA INIPUTABILIDAD POR GRAVE ALTERACIÓN DE LA CONCIENCIA.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

14

§14. Legítima defensa

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

RESUMEN:

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

FUNDAMENTOS:

SÉTIMO. ANÁLISIS DEL CASO

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

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

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

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

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

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

Está exento de responsabilidad penal: [...] 3. El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurran las circunstancias siguientes: a) Agresión ilegítima. b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla. Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose, en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios delos que se disponga para la defensa. c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa [...].

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

15

§15. Error de tipo vencible

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

RESUMEN:

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

FUNDAMENTOS:

ANÁLISIS DEL COLEGIADO

CUARTO. Delimitación del pronunciamiento

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

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

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

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

QUINTO. Análisis de la prueba actuada en juicio

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SEXTO. Análisis sobre el error de tipo

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

16

§16. Error de prohibición vencible

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

RESUMEN:

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

FUNDAMENTOS:

3. De la absolución del grado

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

17

§17. Error de tipo vencible

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

RESUMEN:

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

FUNDAMENTOS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

18

§18. Responsabilidad restringida

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

RESUMEN:

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

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

FUNDAMENTOS:

ANÁLISIS DEL CASO

A. SOBRE DEL PROCESADO WILDER SMILER TOLENTINO MIRAVAL

SÉPTIMO. Según lo detallado en el considerando sexto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

B. SOBRE DEL PROCESADO JAIRO MEZA PONCE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

19

§19. Error de tipo vencible

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

RESUMEN:

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

FUNDAMENTOS:

II. El recurso de casación

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

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

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

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

III. Análisis del caso concreto

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

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

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

IV. Costas

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

20

§20. Aplicación de la responsabilidad restringida

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

RESUMEN:

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

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

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

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

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

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

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

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

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

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

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

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

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

21

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

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

RESUMEN:

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

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

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

FUNDAMENTOS VINCULANTES:

§ 9. Solución de la controversia

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

C. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

22

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

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

RESUMEN:

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

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

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL:

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

FUNDAMENTOS:

I. ANTECEDENTES

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

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

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

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

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

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

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

II. DEL ÁMBITO DE LA CASACIÓN

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

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

III. GRADOS DE INTERVENCIÓN DELICTIVA EN LA COMPLICIDAD

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. LA PRUEBA DEL DOLO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

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

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

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

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

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

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

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

FUNDAMENTOS DEL VOTO SINGULAR:

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

23

§23. Cosa juzgada e instigación en masa

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

RESUMEN:

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

FUNDAMENTOS:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El motivo en cuestión debe desestimarse y así se declara.

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

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

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

La actividad persuasiva del inductor o instigador, desde luego, puede dirigirse a una persona o a un grupo de personas determinadas [VILLAVICENCIO, Derecho Penal Parte General, p. 518], Es obvio, entonces, que la instigación puede alcanzar a varias personas -esto es lo que entiende por 'círculo de personas individualizables, concretas, determinables', a los que aquél se dirige-. *"Los casos más claros de instigación son aquellos en que el instigado es un solo individuo; no obstante, es muy frecuente que el instigador persuada, determine a varias personas para que cometan un delito. Pero en este último caso, debe tratarse de un círculo reducido, a fin de que esa posible la acción persuasiva del instigador; ello no significa, sin embargo, que deba conocerlos o tener estrechas relaciones con ellas -no es necesaria concreción- Si el instigador o inductor desarrolla su actividad en público y ante un número indeterminado de individuos, entonces podrá ser reprimido como autor de un atentado contra la "paz pública"*. [HURTADO POZO, Manual de Derecho Penal, 1987, p. 538], Así lo era en el artículo 282 del Código Penal de 1924

"provocación pública al delito", y lo es para el caso del terrorismo: artículo 6 del Decreto Ley número veinticinco mil cuatrocientos setenta y cinco.

En la instigación o inducción no basta una mera provocación a delinquir en general o dirigida a una masa indeterminada de personas, debe ser directa [MlR PU1G, Derecho Penal – Parte General, p. 409]. Así también, Sentencias del Tribunal Supremo Español número ciento veintiséis oblicua dos mil, de veintidós de marzo, número quinientos treinta y nueve oblicua dos mil tres, de treinta de abril, número ochocientos trece oblicua dos mil ocho, de dos de diciembre, y número mil veintiséis oblicua dos mil nueve, de dieciséis de octubre.

SÉPTIMO. Que, por consiguiente, no puede reputarse instigación la conducta de los tres imputados, en la medida en que eran dirigentes ronderos, cuando plantearon a la Asamblea Ronderil que dirigían, como opción que debía adoptarse, que la agraviada continúe con la sanción de "cadena ronderil", y que esa posición, mediante votación, fuese aceptada por la referida Asamblea.

La interpretación y aplicación del artículo 24 del Código Penal por al Tribunal Superior es jurídicamente correcta.

El recurso de casación por este motivo no puede prosperar y así se declara.

OCTAVO. Que, para el pago de las costas del recurso, estando a la desestimación del recurso de casación, es de aplicación respecto de la agraviada recurrente el artículo 504 numeral 2 del Código Procesal Penal, en concordancia con el artículo 506 del mismo Cuerpo de Leyes. En cuanto al representante del Ministerio Público resulta de aplicación el artículo 499 numeral 1 del Código Procesal Penal: está exento del pago de costas.

24

§30. Suficiencia probatoria-coautoría

Recurso de nulidad	1084-2018-CALLAO
Fecha	8 de abril de 2019
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Sequeiros Vargas.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Figueroa Navarro, Príncipe Trujillo, Sequeiros Vargas, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Art. 23 del CP

RESUMEN:

Los elementos de prueba actuados constituyen prueba suficiente para sustentar una condena en contra de los procesados.

El título de participación en una actuación conjunta lo define el dominio del hecho y la participación en la ejecución del delito. El cómplice se limita a efectuar actos de auxilio, no ejecuta la acción.

FUNDAMENTOS:

SEGUNDO. Fundamentos del Tribunal Supremo

2.1. La materialidad de los delitos que se imputan a los procesados no es tema de controversia, se encuentran plenamente acreditados con las actas de defunción, protocolos de necropsia y certificado médico legal de las víctimas.

2.2. Los recurrentes niegan su vinculación con estos delitos, Eduardo Pérez Coronado y Víctor Andrés Guillén Lumbreras alegan no haber estado presentes cuando ocurrieron los hechos, mientras que el encausado Raúl Enrique Mejía Chumbiray afirma que sí estuvo, pero niega haber participado en ellos.

2.3. Es preciso tomar en cuenta que en el análisis de los hechos y de las pruebas que los sustentan, el juzgador parte de la evaluación individual de cada una de las pruebas, para luego confrontarlas entre sí, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, los principios de la lógica y las máximas de la experiencia, conforme así lo establece el artículo 283 del Código de Procedimientos Penales, que dispone que el criterio de conciencia rige la apreciación de las pruebas.

2.4. De modo que, la solidez y contundencia de una incriminación no necesariamente reposa en la declaración de uno solo de los testigos, cabe la posibilidad de que otros testigos aporten información que, sin contraponerse entre sí, contribuya a tener una visión completa de cómo ocurrieron los hechos.

2.5. En el caso de autos, obran como pruebas de cargo los testimonios del agraviado Marck Anthony Ambrosio Flores Montufar, de Mariela Joanna Belliza Márquez (conviviente del agraviado José Dante Flores Figueroa), de John Arnold Rojas Flores Montufar, de Jacqueline Rocío Morales Córdova (esposa del agraviado Anthony Manuel Cuya Loyo) y de Luis Giancarlos Sánchez Figueroa, todos los cuales, a excepción de los dos últimos, estuvieron presentes en la reunión en la que se produjo el tiroteo que acabó con las vidas de Anthony Manuel Cuya Loyo y José Dante Flores Figueroa, y se lesionó gravemente al menor Marck Anthony Ambrosio Flores Montufar.

2.6. Ni los procesados ni los testigos han indicado que exista entre ellos algún vínculo u otro elemento de juicio que mermen la credibilidad de estos testimonios; y sus declaraciones a nivel policial, que han sustentado las condenas, han sido vertidas en presencia del Ministerio Público.

2.7. Cuando existen variedad de testimonios, debe tomarse en cuenta que cada persona tiene su propia apreciación de los hechos, además de que el trauma que viven al momento de su comisión puede conllevar que no haya total coincidencia entre ellos en cada detalle que narran, lo que no resta credibilidad a sus versiones, dado que lo importante es que el hecho sustancial que narran sea coherente y que no existan diferencias trascendentes que conlleven su inexistencia.

2.8. En este orden de ideas, el hecho sustancial que todos estos testigos relatan es que tres o cuatro personas que portaban armas de fuego incursionaron en el inmueble en el que se hallaban reunidas las víctimas, y empezaron a disparar, por lo que hay coherencia en sus testimonios.

2.9. Los testigos que estuvieron presentes, el agraviado Marck Anthony Ambrosio Flores Montufar, John Arnold Rojas Flores Montufar y Mariela Joanna Belliza Márquez, sindicaron a los procesados Eduardo Pérez Coronado, Víctor Andrés Guillén Lumbreras y al difunto Luis Ángelo Guilén Lumbreras, como

los que ingresaron al inmueble; el agraviado Marck Anthony Ambrosio Flores Montufar sindicó, además, al procesado Raúl Enrique Mejía Chumbiray.

2.10. Que el procesado Raúl Enrique Mejía Chumbiray solo haya sido sindicado por el testigo Marck Anthony Ambrosio Flores Montufar, que la testigo Belliza Márquez no lo mencione como uno de los que participaron en el hecho y que el testigo Jhon Arnold Rojas Flores afirme que él estuvo departiendo con las víctimas en la reunión, que era amigo de ellos y no participó en los hechos, genera la posibilidad de que el menor agraviado Mack Anthony Ambrosio Flores Montufar se haya confundido al verlo en la escena de los hechos, esta duda debe interpretarse a favor de este procesado, en aplicación del principio in dubio pro reo (la duda favorece al reo), establecido constitucionalmente.

2.11. El cuestionamiento a los reconocimientos efectuados a los demás procesados, por el testigo Marck Anthony Ambrosio Flores Montufar, se centra en que no los describió físicamente antes de que le mostraran las fichas Reniec; sin embargo, esta falta de formalidad en el reconocimiento fotográfico no invalida su sindicación.

2.12. Lo reseñado anteriormente podría deberse a que, por no ser del barrio, no los conocía por sus nombres y apelativos, pero tan pronto se le mostraron las fichas Reniec, los reconoció, a tal punto que pudo discernir sin lugar a dudas que fue Luis Ángelo Guillén Lumbreras (procesado difunto) el que forcejeó y disparó contra José Dante Flores Figueroa –lo que se encuentra acreditado con el hecho de que dicho procesado también resultó herido–; además, a través de sus escritos, ratificó dicha sindicación y señaló que no se volvió a presentar al proceso, por las amenazas de las que era víctima por parte de los procesados y de sus familiares, lo que resulta creíble, dado que también los testigos Jaqueline Rocío Morales Córdova y Jhon Arnold Rojas Flores presentaron escritos en ese sentido.

2.13. Sin embargo, adquiere notable significancia la sindicación de la testigo Mariela Joanna Belliza Márquez (conviviente del agraviado José Dante Flores Figueroa), quien, aunque dice que viajaba constantemente a Chile, formaba parte de esa vecindad en que procesados y víctimas se conocían, por lo que resulta creíble que los haya identificado desde un inicio por sus nombres y apelativos e, inclusive, dio detalles sobre la participación de cada uno de estos.

2.14. No resulta creíble su rectificación posterior en instrucción y en juicio oral, no solo por los detalles que precisó inicialmente, sino porque el testigo Marck Anthony Ambrosio Flores Montufar (en el escrito que presentó) afirmó que tenía conocimiento de que a esta testigo también la habían amenazado para que se rectifique.

2.15. El testimonio de Jacqueline Rocío Morales Córdova contribuye a corroborar la veracidad de las declaraciones de los testigos señalados, si bien es referencial, por cuanto se trata de una testigo de oídas, que recogió las últimas palabras del agraviado Cuya Loyo, quien sindicó a los procesados en su lecho de muerte. Esta testigo refiere puntualmente que su conviviente le dijo que los hermanos Guillén Lumbreras y Pérez Coronado le dispararon.

2.16. Sus testimonios se encuentran, además, corroborados con los diversos dictámenes periciales obrantes en autos, que dan cuenta del hallazgo de casquillos de bala, proyectiles, orificios y sangre, en el inmueble en que ocurrieron los hechos.

2.17. La versión de estos testigos, respecto a que todos portaban armas de fuego y dispararon, se encuentra corroborada con el protocolo de necropsia de Dante Flores, en el que, al describirse las diferentes heridas por proyectiles de armas de fuego que presentaba, se hizo alusión a que solo una de ellas fue producida por un proyectil encamisado, lo que advierte que le dispararon con, por lo menos, dos tipos de armas distintas –los cartuchos de los revólveres se caracterizan por tener punta de plomo, cualquiera sea su tipo, y las pistolas por tener proyectil encamisado–. Resulta significativo que la única bala que hirió mortalmente y que se alojó en el hígado del agraviado Cuya Loyo también fuera un proyectil encamisado.

2.18. En la sentencia impugnada se imputa un concierto de voluntades para la comisión de todos los delitos, pero se les atribuye distinta participación en cada uno de estos. Así, se les condenó como autores en el homicidio calificado, en agravio de José Dante Flores Figueroa; como cómplices primarios en el delito de homicidio simple, en agravio de Cuya Loyo, y de lesiones graves, en agravio de Marck Anthony Flores Montufar (bajo el supuesto de que Luis Ángelo Guillén Lumbreras, el fallecido, sería el autor).

2.19. Si uno solo consumó el tipo penal, responde a título de autor y los demás a título de partícipes; la ejecución del hecho por varios agentes que concertaron una acción importa un caso de coautoría, no de autoría única plural.

2.20. Lo decisivo en la coautoría es que el dominio del hecho lo tienen varias personas que, en virtud del principio del reparto funcional de papeles, asumen por igual la responsabilidad de su realización, las distintas contribuciones se consideran como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada autor, independientemente de la entidad material de su intervención.

2.21. Un cómplice, aunque sea el necesario, no forma parte de la ejecución del delito, su acción se limita a prestar actos de auxilio y colaboración.

2.22. La versión de los testigos es que todos portaban armas de fuego y dispararon. La existencia de pluralidad de armas, como ya se expresó precedentemente, se encuentra corroborada con los protocolos de necropsia, que dan cuenta de que en la escena de los hechos se usaron pistola y revólver.

2.23. El hecho de que todos portaran armas de fuego evidencia que estaban dispuestos a disparar; esto desvirtúa la teoría de la complicidad y nos coloca en un escenario de coautoría.

2.24. Aunque la ejecución del hecho se hubiese iniciado en régimen de autoría única (uno de ellos empezó a disparar), si los otros intervinieron de manera conjunta, disparando y pretendiendo lograr la consumación del tipo, se configura la llamada coautoría sucesiva, aunque este no haya sido el acuerdo inicial.

2.25. La existencia de una sola resolución criminal para la comisión de todos los delitos determina que el grado de participación es el mismo en cada uno de los procesados. Por lo tanto, ostentan la condición de coautores en cada uno de los delitos que se les imputa y no la de cómplices.

2.26. No obstante, al ser los procesados los que impugnaron la sentencia, no procede la reforma en la recalificación del grado de participación en perjuicio de estos, en virtud del principio de interdicción de la reforma en peor, por lo que no cabe reformar el fallo en los extremos en que se les condenó como cómplices. No ocurre lo mismo con la acusación por el delito de homicidio calificado, en agravio de José Dante Flores Figueroa, en que se les atribuyó la condición de autores, dado que la pena para el coautor es la misma que para el autor, por lo que debe reformarse el fallo en este extremo.

2.27. En cuanto a la configuración de la circunstancia calificada de "gran crueldad" en el delito de homicidio, esta agravante importa la presencia indispensable de dos condiciones: primero, el agente debe actuar con la intención de hacer sufrir física o psíquicamente a la víctima –si se llega a verificar que en la elevada crueldad no hay intención de acrecentar el sufrimiento de la víctima, no se concreta la modalidad–; segundo, que el padecimiento sea innecesario y prescindible para lograr la muerte de la víctima, el agente lo hace con la sola intención de hacerlo padecer antes de que se produzca la muerte, demostrando con ello ensañamiento e insensibilidad ante el dolor humano.

2.28. De la sentencia impugnada se desprende que el sustento fáctico para considerar acreditada la concurrencia de esta agravante en el delito de homicidio, en perjuicio de José Dante Flores Figueroa, es la multiplicidad de heridas de bala que, según el Protocolo de Necropsia, presentaba. Sin embargo, se encuentra acreditado con la declaración de los testigos antes indicados y la del imputado

difunto Luis Ángelo Guillén Lumbreras, que este agraviado sacó un arma con la cual también habría disparado, lo que explica la razón por la cual sus agresores terminaron acribillándolo y evidencia que la causa de los numerosos disparos en su contra no fue producirle un sufrimiento innecesario, sino ultimarlo, lo que no configura la agravante de "gran crueldad" que se les imputa.

2.29. No obstante, de autos también se desprende que no escapaba del conocimiento de los acusados que en la reunión en que se encontraban los agraviados se estaba libando licor y que la reunión venía desarrollándose desde el día anterior; el alto volumen de la música debe haber advertido de ello al vecindario y, precisamente, este fue el pretexto que usaron los acusados para irrumpir en el inmueble.

2.30. El alto grado de ebriedad en que se encontraba Dante Flores (en su protocolo de necropsia se consignaron 3.30 gramos de alcohol en la sangre) no le permitió la misma clase de reacción que habría tenido de haber estado ecuánime, a ello cabe agregar que se encontraba en una reunión familiar y con algunos amigos, contexto en el cual las personas suelen desenvolverse confiadamente bajo la seguridad que les infunde el encontrase en una casa de familia; por lo que el estado de indefensión también alcanzaba a las otras víctimas que se encontraban dentro de esta. El uso de arma de fuego en defensa propia, por parte del agraviado Dante Flores, no desvirtúa el estado de indefensión en que se encontraba, en razón de que la reacción fue posterior a la agresión, luego de reponerse de la sorpresa.

2.31. El aprovechamiento que los agentes hicieron de estas circunstancias de indefensión de las víctimas les aseguraba el éxito de su propósito y advierte de su total menosprecio por la vida humana, lo que constituye la agravante de alevosía, prevista también en el inciso 3 del artículo 108 del Código Penal, invocado como sustento jurídico de la acusación fiscal.

2.32. En consecuencia, corresponde la desvinculación en la calificación jurídica de la circunstancia agravante de "gran crueldad" por la de "alevosía". Si tomamos en cuenta que existió una misma resolución criminal para todos los delitos imputados, esta agravante se adecúa a todos los homicidios que se les sindica.

2.33. Pero, nuevamente en atención al principio de interdicción de la reforma en peor, no procede la recalificación agravando el tipo penal del delito de homicidio simple, en agravio de Cuya Loyo, que se les imputa. Contrariamente, en la acusación por delito de homicidio calificado, en agravio de José Dante Flores Figueroa, esta desvinculación no es tan trascendente como para afectar los derechos de defensa de los procesados, en tanto se trata de la evaluación de una

circunstancia de hecho que ha sido materia de prueba, por lo que debe reformarse la sentencia en este extremo.

2.34. En cuanto al móvil, según asevera el testigo Luis Giancarlos Sánchez Figueroa, el motivo fue el cobro de cupos que el occiso se negaba a pagarles, mientras que la testigo Jacqueline Rocío Morales Córdova, en su declaración

testimonial, refirió que su conviviente, el agraviado Cuya Loyo, antes de morir en el hospital, le dijo que el motivo fue por un tema de dinero; independientemente de la exactitud de estas versiones, sí resulta creíble que en el trasfondo existía rencilla entre José Dante Flores Figueroa y las víctimas, sea por motivos económicos o por supremacías de bandas en el barrio.

2.35. Así se desprende del hecho de que eran vecinos y se conocían entre sí por nombres y apelativos. Adicionalmente, la autoridad policial, al atestado que dio origen al presente proceso, acompañó las copias de otros atestados, que informan que los procesados se veían constantemente implicados de manera conjunta en la comisión de otros delitos de homicidio con armas de fuego en la jurisdicción del Callao, que derivaron en la muerte del procesado Luis Ángelo Guillén Lumbreras, en circunstancias de un presunto ajuste de cuentas por sicarios.

2.36. Las declaraciones de los acusados en juicio oral no son medios de prueba, sino argumentos técnicos de defensa que no han sido corroborados con medio de prueba.

2.37. Respecto del acusado Mejía Chumbiray, conforme declararon los testigos, el único que lo involucra es el menor agraviado, y no fue corroborado; por el contrario, hay dos testimonios, como glosamos anteriormente, que afirman que esta persona participaba de la reunión en la que estuvieron las víctimas, inclusive se afirma que Dante Flores Figueroa lo mandó a comprar cigarrillos a la calle, lo que determina que no haya estado en el grupo de los agresores, sino de los agredidos. Estas razones generan un margen de duda razonable sobre su participación en los hechos, que debe resolverse como dispone el numeral 24, inciso e, del artículo 2 de la Constitución Política, concordante con el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal.

2.38. Las declaraciones de los testigos de descargo: Vanessa Yahaira Oyola Girot, Juana Elizabeth Lumbreras y Máximo Alberto Aldón Cornejo no logran rebatir la contundencia de las pruebas de cargo contra los procesados Eduardo Pérez Coronado y Víctor Andrés Guillén Lumbreras; sus dichos no se encuentran corroborados con ningún elemento de juicio, además de que uno de ellos es familiar del acusado, por lo que existen dudas sobre su imparcialidad al declarar.

2.39. En cuanto a la pena impuesta, tratándose de un concurso ideal de delitos, corresponde aplicar la pena del delito más grave, incrementada hasta en una cuarta parte, como lo dispone el artículo 48 del Código Penal.

2.40. La pena mínima para el delito de homicidio calificado (delito más grave imputado) es de quince años de pena privativa de libertad, la máxima es de treinta y cinco años, así lo sanciona el artículo 108, concordante con el artículo 29 del código sustantivo. No puede incrementarse la pena máxima más allá de treinta y cinco años, por ser el tiempo límite máximo para las penas privativas de libertad.

2.41. A Eduardo Pérez Coronado se le impuso treinta años de pena privativa de libertad y a Víctor Andrés Guillen Lumbreras, veinticinco años.

2.42. Eduardo Pérez Guillén tiene la condición de reincidente, como se desprende de sus certificados de antecedentes penales, por lo que le correspondería una pena mayor; Víctor Andrés Guillén Lumbreras no registra antecedentes penales, pero no existen otras circunstancias atenuantes genéricas que ameriten disminuirle aún más la pena impuesta, la que por las circunstancias de comisión del hecho resulta proporcional a los delitos que se le sindican, por lo que deben confirmarse estos extremos.

3. DE LAS PENAS

A. CLASES DE PENAS

25

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

Acuerdo Plenario	10-2009/CJ-116
Fecha	13 de noviembre del 2009
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	San Martin Castro y Prado Saldarriaga.
Jueces Supremos	Gonzáles Campos, San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Valdez Roca, Barrientos Peña, Biaggi Gómez, Molina Ordoñez, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Barandiarán Dempwolf, Calderón Castillo y Zevallos Soto.
Disposiciones estudiadas	Arts. 29°, 30° y 31°.3 del CP.; 332° del ACPP.; 288°, 402°.2, 403°.1 y 418°.2 del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	6° al 19°

RESUMEN:

En el marco normativo establecido por el ***Código de Procedimientos Penales*** *rige el* ***sistema de ejecución provisional de las penas****, tal como lo dispone en su artículo 330°, lo que significa que* ***no será requisito previo para la ejecución de la pena de inhabilitación la existencia de condena firme****. Sin embargo la regulación del* ***Código Procesal Penal del 2004 -para el caso de las penas de multa y limitativas de derechos-, asume el sistema suspensivo en la ejecución de penas****, respecto de la impugnación de la sentencia condenatoria, lo cual supone que*

sí será necesaria la existencia de sentencia condenatoria firme, para la ejecución de la pena de inhabilitación.

FUNDAMENTOS:

"6°. El Acuerdo Plenario número 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, fijó los alcances jurídicos de la pena de inhabilitación. En tal sentido, definió sus referentes legislativos, su contenido, duración y cómputo, así como las exigencias procesales para su imposición y los mecanismos de su debida ejecución. Esta pena se caracteriza por privar al condenado de algunos derechos –personales, profesionales o políticos-; o por incapacitarlo para el ejercicio de diversas funciones o actividades -públicas inclusive-. Su aplicación se rige por un criterio de especialidad que implica, desde la perspectiva legal y judicial, que cualquiera sea su condición y operatividad –pena principal o accesoria- dicha sanción estará siempre en función a la naturaleza del delito de que se trate y al principio de proporcionalidad.

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

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

a las otras penas principales, y se computa a partir de la fecha en que la sentencia queda firme".

Ahora bien, no resulta discutible, desde luego, que la inscripción de la pena en el Registro Judicial y su comunicación a los órganos penitenciarios –en caso de inhabilitación conjunta o accesoria a pena privativa de libertad- sólo deba producirse una vez que quede firme la sentencia condenatoria correspondiente. Este es el principio rector sancionado expresamente tanto en el artículo 332° del Código de Procedimientos Penales de 1940 -en adelante, ACPP-, como en el artículo 403°.1 del nuevo Código Procesal Penal de 2004 -en adelante, NCPP-.

El tema en discusión es si la ejecución de la pena de inhabilitación requiere como presupuesto la firmeza del fallo que la imponga o su inscripción en el Registro Judicial.

8°. Es evidente que la regulación del momento inicial de la ejecución de una pena es un ámbito que incumbe al legislador procesal –el Código Penal, por lo demás, no ha establecido un precepto al respecto-. En su relación con los recursos, puede existir, como regla, el sistema de ejecución provisional o el sistema suspensivo. En la legislación procesal penal nacional se ha optado por ambos modelos. En este contexto cabe precisar lo siguiente:

A. Si se examina el régimen del NCPP, podrá advertirse, en el caso de la sentencia condenatoria, la inclinación por el primer modelo: la impugnación no tiene efecto suspensivo –así lo dispone el artículo 402°.1 NCPP como regla específica frente a la genérica del artículo 4412°.1 NCPP-, con la excepción de la imposición de las penas de multa o limitativas de derechos, una de las cuales es, por cierto, conforme al artículo 31°.3 del Código Penal, la pena de inhabilitación. Ello significa, entonces, que sólo las sentencias que imponen penas de privativas de libertad y restrictivas de libertad que consignan los artículos 29° y 30° del Código Penal -en adelante, CP- se cumplen provisionalmente pese a la interposición de un recurso impugnatorio contra ellas. Por tanto, si el condenado estuviera en libertad y se impone pena o medida de seguridad privativa de libertad de carácter efectivo, el Juez Penal, interpuesto el recurso, según lo autoriza el artículo 402°.2 NCPP, podrá optar por su inmediata ejecución o por imponer alguna restricción de las previstas en el artículo 288° NCPP. A su turno, el Tribunal de Revisión, en caso se hubiera optado por la inmediata ejecución de la pena impuesta, podrá suspenderla, atendiendo a las circunstancias del caso, según

el artículo 418°.2 NCPP. Tal efecto suspensivo concluirá cuando la sentencia queda firme.

En consecuencia, la pena de inhabilitación conforme a las disposiciones pertinentes del NCPP no se ejecuta hasta que la sentencia condenatoria adquiera firmeza. Rige plenamente, en este dominio, el denominado sistema suspensivo.

B. Distinta es la regulación normativa adoptada por el ACPP. En efecto, su artículo 330° admite expresamente el sistema de la ejecución inmediata o provisional para todas las penas, salvo las de internamiento, relegación, penitenciaría o expatriación. Cabe anotar que las tres primeras penas no fueron ratificadas por el CP de 1991, por lo que en dicho caso el aludido precepto procesal carece actualmente de significación alguna. La sentencia condenatoria impugnada, sólo si impone pena de expatriación, exigirá que el encausado quede "... entre tanto, bajo vigilancia de la autoridad política" –así lo precisa el artículo 331° in fine ACPP-. Al respecto es pertinente señalar que si bien la pena de expatriación ha sido reconocida en el artículo 30°.1 CP, su legitimidad es inaceptable desde la perspectiva superior del artículo 22°.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo cual ha determinado que el Congreso discuta su posible exclusión. En cambio, la pena de expulsión del país, que igualmente es una pena restrictiva de libertad, prevista en el artículo 30°.2 CP sólo para extranjeros, no tiene ese grave vicio de ilegitimidad y, por ende, será posible instrumentar los mecanismos de vigilancia adecuados si su aplicación promueve la interposición de un recurso impugnatorio.

En consecuencia, la pena de inhabilitación según las normas del ACPP –con diferencia del régimen del NCPP- se ejecuta provisionalmente (no hay al respecto ninguna regla de excepción similar a la contenida en el NCPP). Siendo así, no hace falta esperar la firmeza de la sentencia condenatoria que la imponga para comenzar a ejecutar la pena de inhabilitación. El sistema que para esta clase de pena sigue el ACPP, ante la interposición de un recurso, es el de la ejecución provisional.

9°. En conclusión, resulta obvio, entonces, que los alcances de la pena de inhabilitación respecto del Acuerdo Plenario número 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, funcionan plenamente en aquellos Distritos Judiciales en los

que se dictó la referida pena con arreglo al NCPP, en especial los fundamentos jurídicos 9° y 11°. Esta pena se ejecuta una vez que la sentencia condenatoria que la impuso adquirió firmeza. Por ende, el plazo de ejecución se inicia desde esa fecha, no antes.

Distinto es el caso de la pena de inhabilitación impuesta bajo el régimen procesal del ACPP, pues la impugnación que se interpone contra ella no tiene efecto suspensivo. Así las cosas, concedido el recurso impugnatorio, se remitirán las copias pertinentes al Juez de Ejecución –el Juez Penal según el ACPP y la Ley Orgánica del Poder Judicial- para que inicie el procedimiento provisional de ejecución, según las reglas sancionadas en los fundamentos jurídicos 15° al 16°. Por otro lado, en aplicación supletoria del artículo 380° del Código Procesal Civil, si la sentencia es anulada o revocada se declarará la ineficacia de todo lo actuado sobre la base de su vigencia. El Juez Penal, en este caso, precisará las actuaciones que quedan sin efecto atendiendo a lo resuelto por el superior."

26

§26. La pena de inhabilitación

Acuerdo Plenario	2-2008/CJ-116
Fecha	18 de julio de 2008
Procedencia	Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	Prado Saldarriaga y Rodríguez Tineo.
Jueces Supremos	Gonzáles Campos, San Martín Castro, Villa Stein, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Valdez Roca, Rojas Maraví, Ponce De Mier, Molina Ordóñez y Santos Peña.
Disposiciones estudiadas	Arts. 36° y 39° del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	8° al 16°

RESUMEN:

La inhabilitación ha de estar claramente relacionada con el delito cometido por el penado. Es en este sentido que el nuevo Código Procesal Penal regula la ***vinculación penológica relativa****, en tanto estipula que no es posible la imposición de una pena más grave que la requerida por el fiscal. Sin embargo, si el Fiscal omite solicitar penas obligatoriamente vinculadas al tipo legal objeto de acusación -que es el caso de la inhabilitación principal- será imposible dejar de imponerla. Distinto es el caso de la pena de inhabilitación accesoria, puesto que no está asociada a un tipo legal determinado, lo que conlleva a que no sea posible que su imposición ex oficio pues vulneraría la garantía de defensa procesal toda vez que un ámbito del fallo sería sorpresivo.*

En caso de ser impuesta como pena conjunta, la inhabilitación se computa a partir de la fecha en que la sentencia adquiere carácter firme. En el caso de la pena de inhabilitación accesoria, ésta se extiende por igual tiempo que la pena principal y no puede ser superior a cinco años.

FUNDAMENTOS:

"Regulación de la pena de inhabilitación en el Código Penal:

6º. La pena de inhabilitación consiste en la privación, suspensión o incapacitación de uno o más derechos políticos, económicos, profesionales y civiles del penado. A través de esta pena se sanciona a quien ha infraccionado un deber especial propio de su cargo, función, profesión, comercio, industria o relación familiar; o a quién se ha prevalido de su posición de poder o de dominio para delinquir.

7º. La pena de inhabilitación, según su importancia o rango interno, puede ser principal o accesoria (artículo 37º del Código Penal). La inhabilitación cuando es principal se impone de forma independiente sin sujeción a ninguna otra pena, esto es, de manera autónoma aunque puede ser aplica conjuntamente con una pena privativa de libertad, es, pues, complementaria y castiga una acción que constituye una violación de los deberes especiales que impone un cargo, profesión, oficio o derecho –se basa en la incompetencia y el abuso de la función- (artículos 39º y 40º del Código Penal).

La autonomía de la inhabilitación principal está en función a su conminación en un tipo delictivo concreto de la parte especial del código penal o de leyes penales complementarias. Por ello, aún cuando en algunos tipos legales, como los contemplados en los artículos 177º, 181º-B y 398º del Código Penal, se indique que la inhabilitación conminada es accesoria, por su propia ubicación sistemática y legal debe entenderse que es principal.

Contenido de la pena de inhabilitación:

8°. El artículo 36° Código Penal señala taxativamente los derechos que pueden ser objeto de la pena de inhabilitación. Comprende hasta ocho ámbitos precisos y corresponde a los tipos delictivos identificarlos. Sin embargo, en el caso del artículo 39° del Código Penal será el órgano jurisdiccional el que defina los derechos objeto de afectación punitiva, pero siempre dentro del catálogo establecido por el citado artículo 36°.

En relación de derechos afectados, algunos tienen un carácter genérico y otros, en cambio, requieren de una precisión judicial. Los incisos 3), 4) y 8) del artículo 36° del Código Penal, por ejemplo, demandan del juez que, motivadamente, identifique los derechos comprendidos por la inhabilitación. A este efecto es de tener en cuenta, desde una perspectiva preventivo especial, que la

pena debe quedar vinculada al oficio o cargo de los cuales el sujeto se ha válido o podría valerse en el futuro para cometer el delito.

En consecuencia, pues, el derecho comprendido por la inhabilitación ha de estar claramente relacionado con el delito cometido por el penado. Por tal razón, la motivación exigida debe abarcar, entre otras cuestiones, la conexión que se da entre el delito cometido y el ejercicio del derecho afectado mediante dicha pena.

Duración y cómputo de la pena de inhabilitación:

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

En el caso de la pena de *inhabilitación accesoria*, esta se extiende por igual tiempo que la pena principal. Luego, el artículo 39° del Código Penal debe interpretarse sistemáticamente en función a la duración asignada a la pena de inhabilitación principal en el artículo 38° de ese Cuerpo de Leyes. En consecuencia, la inhabilitación accesoria no puede ser superior a cinco años.

10°. La inhabilitación accesoria, como ha quedado expuesto, siempre es temporal. La inhabilitación principal es, asimismo, temporal, pero existen excepciones en función a la "naturaleza de las cosas'", por la definitividad del derecho o actividad objeto de privación. Así:

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

B. El inciso 8) del artículo 36° del Código Penal importa una privación definitiva de títulos honoríficos. Sin embargo, una vez terminada la condena el penado podrá obtener los mismos u otros distintos -- no los recupera, sino que por una acción ulterior podrá ser acreedor a títulos honoríficos, claramente diferenciados del anterior, definitivamente perdido-.

C. Respecto del inciso 1) del artículo 36° del Código Penal: "Privación de la función, cargo o comisión que ejerce el condenado, aunque provenga de elección popular", como la norma alude a una relación de derecho público e indica "privación", es de entender que el penado pierde el cargo, no sólo su ejercicio -privación de titularidad-. Se trata por cierto de una privación definitiva -no es una pena perpetua sino instantánea, a pesar de que sus efectos son de carácter permanente, como aclara JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. Sólo en la suspensión se impide el ejercicio de un derecho o actividad, de forma que aquél se recupera tras cumplir la pena. Es este caso, la pena surte el efecto de privar de los derechos desde que la condena queda firme, por lo en este caso la inhabilitación importará la pérdida del empleo o cargo público que el autor haya adquirido con anterioridad a la sentencia, aunque fuere con posterioridad al delito (Conforme: ZAFFARONI/SLOKAR).

Exigencias procesales para la imposición de la pena de inhabilitación:

11°. El artículo 92°.4 de Ia Ley Orgánica del Ministerio Público en concordancia con el artículo 225°.3 del Código de Procedimientos Penales establece que el escrito de acusación debe contener la proposición de la pena que fuera aplicable y su duración. De igual manera, el artículo 273° del aludido Código prescribe que la acusación oral del Fiscal concluirá pidiendo la pena que juzgue legal. Es evidente, por lo demás, que el Tribunal en el ejercicio de su poder de control de legalidad de los actos postulatorios del Ministerio Público está autorizado a cuidar que los pedidos de pena se enmarquen dentro de las estipulaciones o marcos de la Ley, específicamente en orden al tiempo de duración y a la precisión de los derechos objeto de privación, incapacitación o suspensión de la pena de inhabilitación.

Por otro lado, el artículo 285° de la Ley procesal penal estatuye que la sentencia condenatoria, entre otros elementos que la configuran, debe imponer la

pena principal que debe sufrir el reo, la fecha que esta comienza a contarse, el día de su vencimiento, y las penas accesorias.

La necesidad de que la acusación comprenda el pedido de pena que el Fiscal considere legal, en principio, no vincula la posición del Tribunal. Se trata de una propuesta de sanción que el Tribunal valorará conforme a la garantía penal, de legalidad de las penas, en cuya virtud, según prevé el artículo II del Título Preliminar del Código Penal en concordancia con el artículo 2°.24.e) de la Constitución, la pena objeto de sanción será exclusivamente la establecida en la ley. Es ésta la que fija la pena aplicable una vez que se han precisado los distintos elementos que la determinan.

El principio acusatorio sólo exige, en relación con la acusación: ***(1) La congruencia fáctica***: las características esenciales del hecho punible acusado, en cuyo caso la correlación es absoluta ("vinculación fáctica"); y, ***(2), la congruencia jurídica***: identidad del bien jurídico respecto del delito acusado, esto es, una correlación relativa ("vinculación jurídica").

La congruencia cuantitativa, en función al petitum del Fiscal, es inexistente en el Código de Procedimientos Penales, tal como está previsto en el artículo 285°-A. Desde esta perspectiva, aunque el Fiscal tiene el deber de concretar la pena, tal fijación no vincula al tribunal que tiene la obligación de imponer aquella que legalmente corresponda de conformidad con sus propios criterios en orden a la valoración de aquello que ha sido sometido a su enjuiciamiento, pues en ese punto impera el principio de legalidad, de necesario cumplimiento.

Empero, en el Nuevo Código Procesal Penal la vinculación penológica es relativa, pues el artículo 397°.3 estipula, bajo la condición de su legalidad –tiempo y extensión-, la no imposición de una pena más grave que la requerida por el Fiscal. En este último supuesto la congruencia cuantitativa importa, llanamente, una recepción matizada de una fórmula eminentemente dispositiva, que como es obvio no integra el núcleo del principio acusatorio, circunscrito a la delimitación del hecho punible dentro de los términos del debate; la ley, en este caso, reconoce al Fiscal un facultad específica de delimitar el marco superior punitivo. Dentro del cual han de conformar el asunto los órganos jurisdiccionales.

12°. Respecto de la solicitud de pena del Fiscal, pueden presentarse, entre otros, dos problemas según se ha detectado en el conocimiento recursal de las causas que son elevadas al Supremo Tribunal. El primer problema está referido a la omisión de solicitar la pena de inhabilitación pese a que está forzosamente vinculada al tipo legal objeto de acusación. El segundo problema está vinculado a la entidad y a la extensión de la inhabilitación.

En cuanto al primer problema:

A. Como se ha establecido en los fundamentos jurídicos anteriores, el artículo 37° del Código Penal establece que la pena de inhabilitación.- según su importancia y rango- puede ser impuesta como principal o accesoria. La pena de inhabilitación principal se impone de forma independiente sin sujeción a ninguna otra, de manera autónoma, y es la establecida en el tipo legal pertinente. La pena de inhabilitación accesoria: no tiene existencia propia y únicamente se aplica acompañando a una pena principal a la cual complementa, y conforme al artículo 39° del citado Código se fija en atención a la naturaleza del delito cometido por el individuo, siempre que "...el hecho punible constituye abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente ala función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela o actividad regulada por la ley". Los delitos culposos de tránsito también incluyen una modalidad de inhabilitación accesoria según lo establece el artículo 40° del Código Penal.

B. Como regla general del Código Penal, la pena de inhabilitación, cuando se impone como pena conjunta, siempre va asociada a la pena privativa de libertad.

C. Es posible que el Fiscal omita solicitar penas obligatoriamente vinculadas a tipo legal objeto de acusación. Empero, ese error en modo alguno limita al Tribunal, básicamente, por la vigencia de la garantía penal de legalidad. Por tanto, si la pena de inhabilitación, omitida por el Fiscal, está indisolublemente unida como consecuencia jurídica típica asociada a la infracción realizada, que es el caso de la inhabilitación principal, es imposible dejar de imponerla. Es claro, al respecto, que el acusador no dispone de la pena y si ésta –en el presente caso la inhabilitación- está prevista en el tipo delictivo de que se trate, no es jurídicamente correcto obviarla.

D. Otro argumento, que refuerza esta conclusión, estriba en que la aplicación de la pena de inhabilitación principal no se vulnera la garantía de defensa procesal porque al haberse acusado por un tipo legal determinado, el imputado y su defensor conocen las consecuencias jurídicas necesariamente ligadas a él. Basta, entonces,

la cita del tipo delictivo para evitar toda posibilidad de indefensión, pues es evidente que el Tribunal aplicará las penas allí previstas.

E. Distinto es el caso de la pena de inhabilitación accesoria, puesto que no está asociada a un tipo legal determinado y, por tanto, no se desprende del mismo la sanción adicional a la pena principal. Si la cita del delito cometido, en relación a la norma penal que lo prevé y sanciona, es insuficiente, y es del caso acudir a una regla de la Parte General del Código Penal (artículo 39° y 40°) para la subsunción y justificación respectiva, lo cual debe generar con carácter previo una petición del Fiscal y un debate con la parte afectada: el imputado y su defensor, entonces, no es posible que se imponga ex oficio iudex pues causaría indefensión constitucionalmente prohibida. Queda claro que lo que se vulnera en este caso no es el principio acusatorio, que integra la garantía genérica del debido proceso, sino la garantía de defensa procesal desde que en ese caso un ámbito del fallo sería sorpresivo.

13°. El segundo problema está vinculado al tiempo de la inhabilitación y a su extensión. Sobre el particular es de acotar lo siguiente:

A. El artículo 46°, primer párrafo del Código Penal, con estricto apego a la garantía penal de legalidad, establece que la pena se debe determinar dentro de los límites fijados por la ley. En el caso de la pena de inhabilitación principal el tiempo de duración está fijado, específicamente, en el tipo legal respectivo.

B. No obstante, son varios los tipos legales establecidos en el Código Penal que no fijan específicamente el tiempo de duración de la pena conminada de inhabilitación. En estos casos se deberá recurrir a lo establecido en el artículo38° del citado Código.

Así ocurre, por ejemplo, en los casos de los artículos 111° segundo y último del párrafo, 117°, 121° -A, 124°, 153° -A, 155°, 157°, 169°, 170°, 177°, 181° -A, 181° -B, 183° -A, 200° cuarto párrafo, 222°, 223°, 225°, 237°, 243°, 243°-C, 247° in fine, 259°, 260°, 274°, 296°, 296° -A, 297°, 300°, 303° -B, 316°. 1 y 2, 317° in fine, 318°, 318° -A penúltimo párrafo, 320°, 323° in fine, 324°, 376° -A, 393°, 395°, 396°, 398°, 399°, 400°,401°, 409°-B y 450° -A.

En otras ocasiones el Código Penal acude a una técnica Legislativa donde se alude a la pena de inhabilitación y a su duración al final de un Capítulo o Título: Por ejemplo, los artículos 353° -delitos contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional-, 360° -delitos contra la Voluntad Popular-, 426° -delitos cometidos por Funcionario Públicos y delitos contra la Administración de Justicia-, 432° -delitos de falsificación de documentos-, y 436° - delitos de falsificación de sellos, timbres y marcas oficiales. En la legislación penal complementaria, existen tipos legales con esa misma característica en la Ley número 28008 –delitos aduaneros-, artículo 10°, b) y c); y en el Decreto Ley número 25475 –delitos de terrorismo, artículos 5° y 6° -A.

C. En todos los supuestos mencionados, como necesariamente en el Código Penal fija el tiempo de duración de la pena de inhabilitación –en el propio tipo delictivo o en los artículos 38° y 39°- la emisión de su especificación no es relevante desde el principio de acusatorio ni desde la garantía de defensa, en su faz negativa de prescripción de la indefensión. La aplicación correcta de la pena, establecida en el tipo legal o en la Parte General del Código Penal, en la medida que no supera los límites legales, no vulnera garantía alguna y, más bien, es compatible con el principio de legalidad de las penas.

D. Por lo general, tratándose de la ***pena de inhabilitación principal*** el tipo delictivo específica los derechos objeto de privación, suspensión o incapacitación, esto es, hace una mención expresa a los respectivos incisos del artículo 36° del Código Penal. Sólo excepcionalmente el tipo legal no precisa el derecho objeto de inhabilitación: artículos 170° del Código Penal y 5° del Decreto Ley número 25475. En todos esos casos rige el mismo principio del literal anterior; la omisión del Fiscal en citar el derecho afectado no es relevante, pues la propia ley establece, directa o indirectamente, el derecho objeto de restricción, y esta consecuencia jurídica no es ajena al conocimiento del imputado y su defensa, ni a la posibilidad de contradicción. En consecuencia, loa fijación específica del derecho objeto de privación, incapacitación o suspensión, ante un error de la Fiscalía, no es óbice para que el Tribunal aplique rigurosamente la ley.

E. Otro ámbito problemático se sitúa en aquellos supuestos en que la Fiscalía solicita una pena inferior, tanto respecto a los derechos

comprendidos cuanto al tiempo de duración. El Tribunal, en estos casos, está autorizado a comprender en la inhabilitación los derechos que fueron pertinentes y a fijar el tiempo de duración de la inhabilitación conforme a las estipulaciones de la ley: rige el principio de legalidad, **no el acusatorio.** ***No hace falta que, ante vacíos de la acusación, se acuda a la tesis de la desvinculación.*** En este caso, como es obvio, debe extremarse la exigencia de motivación en lo atinente a esos dos ámbitos: derechos comprendidos y tiempo de duración de la inhabilitación. La motivación debe plantear el problema suscitado y resolverlo a través de una argumentación en la que quede de manifiesto la necesidad de elevar la sanción.

14°. Distinto es el caso de la potestad de subsanación o integración de omisiones incurridas por el Tribunal *A Quo*. En el conocimiento del recurso impugnatorio *Ad Quem* tiene límites trazados por el principio de interdicción de la reforma peyorativa, previsto por los artículos 300°.1 del Código de Procedimientos Penales y 409°.3 del Código Procesal Penal.

Las omisiones incurridas por el Tribunal de instancia no podrán ser subsanadas en sede impugnatoria, si es de incorporar en la pena de inhabilitación impuesta la privación, suspensión o incapacitación de derechos no contemplados en la sentencia recurrida; ello claro está, cuando se trate exclusivamente de un recurso defensivo interpuesto por el imputado. Es obvio que si el Fiscal es la parte recurrente y la pretensión impugnativa comprende ese ámbito, en la medida en que en su acusación comprendió dentro de la pena de inhabilitación requerida una duración determinada y una extensión concreta de derechos afectados, está dentro de las potestades del Tribunal de Revisión integrar el fallo de instancia, con las características y peculiaridades expuestas en los fundamentos jurídicos 11° y 12°.

Ejecución de la pena de inhabilitación:

15°. La ejecución de la pena de inhabilitación, sea que haya sido impuesta como pena principal o accesoria requiere, como paso previo, que al adquirir firmeza la sentencia condenatoria el órgano jurisdiccional de instancia que la dictó cumpla con lo dispuesto en el artículo 332° del Código de Procedimientos Penales. Esto es, que remita el testimonio de condena respectivo para su inscripción en el Registro Judicial y, si correspondiera, al Instituto Nacional Penitenciario y al Establecimiento Penal donde se encuentra el reo. A continuación, ese mismo

órgano judicial debe remitir la causa al Juez Penal competente para dar inicio al proceso de ejecución. Éste último procederá, en lo pertinente, a lo siguiente:

A. Notificará al penado para que cumpla con la prohibición impuesta, bajo apercibimiento de ser denunciado por el delito de desobediencia a la autoridad (artículos 368° del Código Penal)

B. Remitirá al Registro Personal el correspondiente testimonio de condena, conforme a lo dispuesto en los artículos 2030° y 2032° del Código Civil.

C. En caso de privación de función, cargo u omisión de carácter público o de su incapacitación (artículo 36°.1 y 2 del Código Penal) remitirá testimonio de condena a la entidad pública donde prestaba servicios al condenado y, en su caso, a la que correspondiere en atención a la función, cargo o comisión afectadas.

D. Si la privación o la incapacitación se refiere a cargos o comisiones públicas de elección popular, así como a la suspensión de derechos políticos (artículo 36°.1, 2 y 3 del Código Penal), se deberá remitir testimonio de condena al Jurado Nacional de Elecciones para su debida anotación y difusión.

E. Si la incapacitación se refiere al ejercicio de profesión, comercio, arte o industria, enviará testimonio de condena al Colegio profesional respectivo o a la Federación de Colegios profesionales de la profesión concernida cuando se trate de aquellas de necesaria colegiación; o a la entidad oficial que corresponda si se trata del ejercicio de una actividad sujeta a control público.

F. Si se dicta la suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para portar o hacer uso de armas de fuego se deberá remitir testimonio de condena al organismo respectivo del Ministerio del Interior encargadote su control; y ,si se dicta la suspensión o cancelación de la autorización para conducir vehículos, el testimonio de condena se remitirá a los organismos competentes del Ministerio del ramo o del Gobierno Regional, así como del Ministerio del Interior encargado del control del tránsito.

G. Si la incapacitación es del ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela se remitirá testimonio de condena a la persona con quien se comparte la primera; o, en su defecto, a la autoridad encargada

de designar a quien haya de sustituir al penado, así como -si correspondiere- a la autoridad judicial o administrativa competente en materia de institución tutelar o de acogimiento. Incluso al Juzgado que esté conociendo de un proceso de Derecho de Familia del que sea parte el condenado.

H. Si la inhabilitación consiste en la privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones afines, el testimonio de condena se remitirá a la institución o corporación que las otorgó.

16°. El control de la efectividad de las prohibiciones o incapacitaciones impuestas, como queda expuesto, corresponde al Juez Penal, quien deberá comunicar e instar la vigilancia correspondiente a la autoridad administrativa competente -nacional, regional o municipal- y, en todo caso, a la policía.

Al cumplirse el tiempo de duración de la pena de inhabilitación, el penado recupera, de pleno derecho, sin necesidad de resolución judicial, el goce del ejercicio de los derechos suspendidos o afectados, con exclusión -claro está- de aquellas privaciones definitivas de derechos ya indicadas en el fundamento jurídico pertinente." (Sic.)

27

§27. Nulidad e inhabilitación

Recurso de nulidad	253-2018-LIMA
Fecha	19 de noviembre de 2018
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Sequeiros Vargas, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Art. 36 del CP

RESUMEN:

1. Se trata de pruebas inculpatorias, fiables, concordantes entre sí y suficientes. Se pidió dinero para intervenir en la emisión de un dictamen favorable a los intereses del solicitante –el dinero se consiguió y el "servicio" no se cumplió, incluso se entregó a esta última un dictamen que finalmente no avaló la Oficina de Asesoría Jurídica–. El hecho de que no se aceptó la versión de la denunciante respecto de la intervención, en un contexto delictivo, no niega el mérito de los cargos contra el imputado. 2. La norma sancionadora, previó la pena de inhabilitación, sin fijar un tiempo determinado, así como, ha impuesto otras incapacitaciones y, además, un tiempo impropio no equivalente con la pena de privación de libertad, por lo que, es de rigor corregir en esta sede.

FUNDAMENTOS:

OCTAVO. Que la pena privativa de libertad impuesta es el mínimo legal (artículo

393, segundo párrafo, del Código Penal, según la Ley número 28355). Este artículo, además, previó la pena de inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del originario artículo 36 del Código Penal, sin fijar un tiempo determinado,

por lo que es de rigor remitirse al artículo 426 originario del Código Penal, que fija esta pena entre uno y tres años. Empero, se ha impuesto otras incapacitaciones –de los incisos 2 y 8 del artículo 36 del Código Penal– y, además, un tiempo impropio no equivalente con la pena de privación de libertad.

Estos errores deben ser corregidos en esta sede, sin que importen una alteración de la causa de pedir ni una reforma peyorativa.

B. APLICACIÓN DE LA PENA

28

Bases para imponer la pena

Recurso de nulidad	1360-2017-LIMA
Fecha	23 de abril de 2018
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Salas Arenas.
Jueces Supremos	Lecaros Cornejo, Salas Arenas, Quintanilla Chacón, Chaves Zapater, Castañeda Espinoza.
Disposiciones estudiadas	Arts. 45 y 46 del CP

RESUMEN:

La imposición de la pena debe encontrarse en proporción a la forma y circunstancias en que se suscitaron los hechos y a las cuestiones de culpabilidad del agente, quedando la fijación concreta a criterio del juzgador, dentro de los límites de la ley.

FUNDAMENTOS:

SEGUNDO: ANÁLISIS DEL CASO

2.1. Obran dos recursos disímiles, puesto que mientras la Fiscalía pretende el incremento de la pena de seis hasta doce años de privación de libertad (solicitado en el requerimiento acusatorio de los folios doscientos sesenta y ocho a doscientos setenta), el encausado pretende la reducción, aunque sin especificar la dimensión (no hay pretensión particular).

2.2. La imposición de la pena privativa de libertad está sujeta a los aspectos fijados en los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código

Penal (textos originales, cfr. numerales 1.3. y 1.4.), en tanto a la fecha de comisión de los hechos (dos mil diez) no se encontraba vigente el sistema de tercios previsto en el artículo cuarenta y cinco-A de la misma norma sustantiva, incorporado por Ley número treinta y mil setenta y seis[14], cuya fórmula resulta hoy más exacta al momento de fijar la sanción.

En el caso en concreto, el Colegiado Superior, de forma genérica y sin distinción, consideró la primariedad del agente, la edad, los principios de proporcionalidad y razonabilidad, su grado cultural y social y la confesión por conformación, para imponer una sanción de seis años de privación de libertad.

2.3. Es importante señalar que las condiciones personales del agente (que involucran sus carencias sociales, cultura y sus costumbres), así como la primariedad, son criterios de valoración que corresponden valorarse al momento de la dosificación de la pena básica (siempre dentro del baremo punitivo del tipo). De otro lado, la responsabilidad restringida por razones de edad, al establecerse, conforme con el artículo veintidós del Código Penal (ver numeral 1.2. del SN), que la disminución de la privación de libertad es una facultad del juez, siempre se analizará conjuntamente con los aspectos antes señalados2, en tanto no impone al juzgador que la aplique. Una vez establecida la pena básica, por último corresponderá aplicarse la reducción por la conformación (de acuerdo con lo previsto en el fundamento veintitrés del acuerdo plenario número cinco-dos mil ocho, cfr. numeral 1.8. del SN).

2.4. En atención a lo señalado, y a criterio de esta instancia Suprema, los aspectos considerados por el Colegiado Superior únicamente determinan establecer la pena básica en el extremo mínimo de la sanción conminada, esto es doce años de privación de libertad, los que reducidos en un sétimo por la conformación, darán la nueva pena concreta, esto es diez años y tres meses de privación de libertad.

No es posible rebajar o incrementar más allá de este término, puesto que no hay razones legales para ello, por lo que cabe amparar parcialmente el recurso del Ministerio Público y desestimar el propuesto por la defensa del sentenciado.

---

[14] Publicada el diecinueve de agosto de dos mil trece.

29

§29. Principio de accesoriedad y delito continuado

Recurso de nulidad	1322-2018/NACIONAL
Fecha	10 de octubre de 2018
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Sequeiros Vargas, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Art. 49 del CP

RESUMEN:

i) Se acusó por el título de intervención de complicidad primaria a los tres encausados y, como es obvio, en función a la conducta principal del autor, –colaboración activa a su ejecución (sic), apuntó la acusación fiscal–. Este fue el tenor de la acusación escrita, que es la que define, provisionalmente, el objeto procesal, concepto que no puede pasarse por alto. El hecho global –típicamente antijurídico– está referido a los actos continuados de defraudación tributaria perpetrados por el autor en perjuicio del fisco, que importaron ocultamientos de bienes, ingresos y rentas, de un lado, y obtención en general de beneficios o incentivos tributarios mediante simulación, de otro. Los encausados recurridos, según los cargos, realizaron una aportación dolosa relevante al hecho de otro –del autor– a través de actos específicos. El cómplice lo es del delito cometido por el autor, realiza actividades adyacentes necesarias para la producción del resultado delictivo propuesto (principio de accesoriedad). ii) El delito continuado, precisamente, permite estimar una unidad de comportamiento sancionándolo "...con la pena correspondiente al delito más grave": artículo 49 del Código Penal. Siendo así, no es posible autonomizar el aporte del cómplice en un delito continuado y hacer mención exclusiva un tipo básico

apartando o excluyendo la circunstancia agravante específica (o subtipo agravado). La accesoriedad y la lógica del delito continuado, precisamente, impiden tal exclusión.

FUNDAMENTOS:

1. DE LA PRETENSIÓN IMPUGNATIVA DE LA PROCURADURÍA PÚBLICA DEL ESTADO

PRIMERO. Que el abogado delegado de la Procuraduría Pública de la SUNAT en sus recursos formalizados de fojas veinte mil setecientos setenta y ocho, de quince de febrero de dos mil dieciocho, y de fojas veinte mil ochocientos setenta y ocho, de veintiséis de abril de dos mil dieciocho, instó la anulación de los autos que declararon la extinción de la acción penal por prescripción. Alegó que los tres imputados son cómplices de la comisión del delito de defraudación tributaria, cuya autoría recae en Víctor Alberto Venero Garrido respecto del Impuesto General a la Renta durante los ejercicio de mil novecientos noventa y seis a mil novecientos noventa y ocho –respecto de Aranda y Ramírez y Venero Lazar– y de mil novecientos noventa y seis a dos mil –en lo atinente a Nazar Loayza–; que sus conductas se tipificaron en los artículos 1, 2, literal a), y 4, literal a), de la Ley Penal Tributaria, Decreto Legislativo número 813, cuya pena máxima es de doce años –la prescripción extraordinaria, en todo caso, opera a los dieciocho años–; que, en el caso de Venero Nazar y Aranda y Ramírez, el plazo de prescripción se computa desde abril de mil novecientos noventa y nueve, mientras que en el supuesto de Nazar Loayza se computa desde marzo de dos mil uno; que, empero, en ambas hipótesis, no se tomó en cuenta que contra una resolución anterior, de quince de junio de dos mil diecisiete, que desestimó similar excepción de prescripción se interpuso recurso de queja excepcional que se elevó a la Corte Suprema, por lo que durante el lapso del trámite de la queja se suspendió el plazo de prescripción, conforme al Acuerdo Plenario número 6-2007/CJ-116; que, siendo así, el plazo de prescripción no operó, por lo que la excepción debió desestimarse.

2. DE LOS CARGOS OBJETO DE ACUSACIÓN FISCAL Y DEL CURSO INCIDENTAL

SEGUNDO. Que, según la acusación fiscal de fojas veinte mil trescientos treinta y nueve, de once de febrero de dos mil once, los tres encausados recurridos colaboraron activamente con el autor Venero Garrido ocultando la totalidad de

los ingresos que percibió por los periodos fiscales comprendidos entre los años mil novecientos noventa y seis a dos mil, para lo cual se valieron de conductas fraudulentas para disminuir dolosamente el tributo a pagar por concepto de Impuesto a la Renta y de Tercera Categoría. El monto que el autor Venero Garrido defraudó al fiscal alcanzó la suma de noventa y seis millones trescientos setenta y siete mil novecientos veintiséis soles, el que por conceptos de intereses ascendió a ciento ochenta y cinco mil novecientos cuarenta y siete mil novecientos ochenta y ocho soles.

En relación al imputado Aranda y Ramírez, contador público del autor, elaboró la declaración jurada de este último correspondiente al ejercicio fiscal de mil novecientos noventa y seis. También intervino en los ejercicios fiscales de mil novecientos noventa y siete y mil novecientos noventa y ocho –proporcionó recibos por honorarios profesionales por servicios no prestados a la empresa "veintiocho de julio Sociedad Anónima". En lo atinente a la encausada Venero Nazar, realizó transferencias de moneda extranjera desde cuentas bancarias del exterior de titularidad del autor Venero Garrido entre los períodos comprendidos de mil novecientos noventa y seis a mil novecientos noventa y ocho, simulando dos repatriaciones en moneda extranjera, en los años mil novecientos noventa y seis y mil novecientos noventa y ocho, para gozar indebidamente del beneficio tributario establecido en el Decreto Supremo 094-88-EF –eran cuentas de Venero Garrido, no de ella–. En lo concerniente a la encausada Nazar Loayza, era titular y beneficiaria de cuentas personales y mancomunadas nacionales y extranjeras –conocía de la cuantía de su patrimonio y de la obligación de declararlo ante la SUNAT–; y, no lo hizo –durante el período de mil novecientos noventa y seis a dos mil–, incluso efectuó transacciones económicas e inversiones generadoras de mayores rentas.

La Fiscalía Superior calificó los hechos en los artículos 1, 2, inciso a), y 4, inciso a), de la Ley Penal Tributaria, Decreto Legislativo número 813.

Posteriormente, puntualizó que se trató de un solo delito continuado [fojas veinte mil cuatrocientos noventa y cuatro].

TERCERO. Que, con motivo del planteamiento de excepciones de prescripción, se tiene lo siguiente:

1. La Fiscalía Superior emitió un primer dictamen, corriente a fojas veinte mil cuatrocientos noventa y cuatro, de cinco de mayo de dos mil quince. En este dictamen precisó que el cargo contra Nazar Loayza es de cómplice primario, al ser titular y beneficiaria de cuentas personales y mancomunadas nacionales y extranjeras, que no declaró, durante los períodos acotados por la SUNAT de

mil novecientos noventa y seis a dos mil. En lo demás, repitió lo señalado en la acusación fiscal.

2. El Tribunal Superior, ante la excepción de prescripción deducida a favor de los encausados Aranda y Ramírez y Venero Nazar, emitió la resolución que la estimaba corriente a fojas veinte mil setecientos setenta y uno, leída en la cuarta sesión de la audiencia de fecha catorce de febrero de dos mil dieciocho [fojas veinte mil setecientos noventa y tres].

3. De otro lado, en el curso del juicio oral contra la encausada Nazar Loayza su defensa solicitó, entre otros, que se precisen las imputaciones contra su patrocinada –exclusión de hechos nucleares y pretensión concreta de los cargos contra ella (sic)– [fojas veinte mil ochocientos diez, de veintiséis de febrero de dos mil dieciocho]. Ante tal pedido, aceptado por la Sala Sentenciadora de fojas veinte mil ochocientos cuarenta y dos, de veintiuno de marzo de dos mil dieciocho, la Fiscalía emitió el dictamen de fojas veinte mil ochocientos cuarenta y nueve, recibido el cuatro de abril de dos mil dieciocho, oralizado el día dieciséis de ese mes y año [décima primera sesión de la audiencia de fojas veinte mil ochocientos setenta y dos] y que mereció el auto superior de fojas veinte mil ochocientos sesenta, de veinticinco de abril de dos mil dieciocho.

3. DE LA ABSOLUCIÓN DEL GRADO

CUARTO. Que, ahora bien, es del caso formular las siguientes precisiones:

1. El instituto de la prescripción penal tiene una naturaleza material reconducido al principio de necesidad de pena, insertado en el más amplio de intervención mínima del Estado en el ejercicio de su potestad punitiva, que supone una autolimitación o renuncia del Estado al ius puniendi por el transcurso del tiempo. Responde, pues, a principios de orden público y de interés general [STSE 94/2008, de quince de febrero].

2. Pero, para que la prescripción pueda declararse antes de la sentencia –vía excepción procesal que traduce un impedimento procesal– es necesario que aparezca tan clara que, de modo evidente y sin dejar duda alguna al respecto, pueda afirmarse que, sin necesidad de la culminación del juicio oral, ha transcurrido el plazo designado al efecto por la ley para el delito de que se trate [STSE 517/2007, de ocho de junio].

3. El Código Penal, en estos casos, fija un plazo de vida preciso para la prescripción de la acción penal. Estipula el artículo 80, primer párrafo, que tratándose de delitos sancionados con pena privativa de libertad: "La acción penal

prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, [...]". Esto significa que debe atenderse a la pena en abstracto fijada por la Ley para el delito en grado de consumación, y dentro de ella a la duración máxima posible.

4. Esta misma precisión debe hacerse, no solo con independencia del grado de ejecución del delito, sino también del título de intervención delictiva (autoría y participación) –igualmente, respecto a la concurrencia de circunstancias genéricas atenuantes o agravantes– [STSE 129/2014, de veintiséis de febrero]. Solo se toma en cuenta el máximo de la pena fijada por la ley para el delito, como reza el citado artículo 80, primer párrafo, del Código Penal.

5. Respecto al dies a quo –inicio del cómputo de la prescripción–, el artículo 82, inciso 3, del Código Penal, estatuye que el plazo de prescripción de la acción penal en el delito continuado comienza, "...desde el día en que terminó la actividad delictuosa". Cabe aclarar que el delito continuado en agravio de una misma persona o entidad –la SUNAT en este caso– se sanciona con la pena correspondiente al delito más grave (artículo 49 del Código Penal); luego, al no haber pena exasperada –la que solo debe tomarse en cuenta en la medida que la previsión jurídica ofrezca suficiente seguridad jurídica [STSE 575/2007, de nueve de junio], que se presentaría (no aplicable en el sub-lite) cuando la continuidad delictiva se produce en los casos de perjuicio a una pluralidad de personas–, no cabe determinar un plazo más lato.

QUINTO. Que, en el presente caso, se acusó por el título de intervención de complicidad primaria (artículo 25 del Código Penal) a los tres encausados y, como es obvio, en función a la conducta principal del autor, en este caso de Víctor Alberto Venero Garrido –colaboración activa a su ejecución (sic), apuntó la acusación fiscal–. Este fue el tenor de la acusación escrita de fojas veinte mil cuatrocientos noventa y cuatro, que es la que define, provisionalmente, el objeto procesal, concepto que no puede pasarse por alto.

El hecho global –típicamente antijurídico– está referido a los actos continuados de defraudación tributaria perpetrados por el autor en perjuicio del fisco, que importaron ocultamientos de bienes, ingresos y rentas, de un lado, y obtención en general de beneficios o incentivos tributarios mediante simulación, de otro. Los encausados recurridos, según los cargos, realizaron una aportación dolosa relevante al hecho de otro –del autor– a través de actos específicos. El cómplice lo es del delito cometido por el autor, realiza actividades adyacentes necesarias para la producción del resultado delictivo propuesto (principio de accesoriedad). El delito continuado, precisamente, permite estimar una unidad

de comportamiento sancionándolo "...con la pena correspondiente al delito más grave": artículo 49 del Código Penal.

Siendo así, no es posible autonomizar el aporte del cómplice en un delito continuado y hacer mención exclusiva un tipo básico apartando o excluyendo la circunstancia agravante específica (o subtipo agravado). La accesoriedad y la lógica del delito continuado, precisamente, impiden tal exclusión.

SEXTO. Que llama la atención el cambio en la concepción jurídica del Fiscal Superior, con vulneración del principio de unidad funcional del Ministerio Público –son notorias las diferencias entre la acusación fiscal y el último dictamen fiscal, ya citados–; y, asimismo, que se acepte una incidencia que importa variar la acusación escrita en cuanto al enfoque jurídico penal, cuando ésta ya fue examinada, en tanto presupuesto procesal vinculada al objeto, en la fase intermedia.

No se trata que el juez siga acríticamente la posición procesal del Fiscal, pues muy bien puede y debe pronunciarse en Derecho en la estación procesal correspondiente. Solo se exige que la preclusión procesal se respete acabadamente, y que toda discusión acerca de los hechos y cómo se analizan jurídicamente, una vez iniciado el juicio, tengan un curso normal hasta la sentencia, acorde con el principio de indivisibilidad del objeto procesal.

SÉPTIMO. Que, en tal virtud, como el hecho más grave está sancionado con una pena máxima de doce años de privación de libertad, y es del caso aplicar la regla del artículo 83 del Código Penal (prescripción extraordinaria) –dieciocho años–, desde marzo del año dos mil uno hasta la fecha la acción penal no ha prescrito.

El recurso acusatorio, por estas razones, debe ampararse y así se declara.

No es pertinente la cita al Acuerdo Plenario número 6-2007/CJ-116, en tanto está referido a las quejas excepcionales que finalmente se amparen –en el sub-lite la queja se desestimó–.

30

§30. Concurso aparente de leyes

Recurso de nulidad	743-2018-LIMA
Fecha	26 de octubre de 2018
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Barrios Alvarado.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Chávez Mella, Bermejo Ríos.
Disposiciones estudiadas	Art. 48 del CP

RESUMEN:

El concurso aparente de leyes se presenta en aquellas situaciones en las que para la adecuación de la conducta en el tipo penal concurren en apariencia dos o más tipos penales; sin embargo, una regla extraída del sistema jurídico permite determinar que el hecho se encuadra en uno de los supuestos concursales de este tipo.

FUNDAMENTOS:

TERCERO. Sobre el concurso aparente de leyes

3.1. En el presente caso, al inicio del proceso se les atribuyó a los encausados los delitos contra el patrimonio-intruismo y fraude informático agravado (previsto en el artículo doscientos siete-A con la agravante del numeral uno del artículo doscientos siete-C del Código Penal vigente al momento de los hechos) y el delito contra la fe pública-falsedad ideológica (artículo cuatrocientos treinta y ocho del Código Penal), ambos en perjuicio del Estado, como puede verse del auto de procesamiento del cuatro de octubre de dos mil trece.

3.2. En el auto de enjuiciamiento del cuatro de julio de dos mil diecisiete, a solicitud del Ministerio Público y en virtud del principio de combinación de leyes, previsto en el artículo seis del Código Penal, se reconduce la conducta de fraude informático al artículo tres de la Ley número treinta mil noventa y seis-Ley de Delitos Informáticos, por considerarla más favorable a los imputados.

3.3. Finalmente, la sentencia recurrida aplicó el concurso real de delitos y condenó a Del Carpio Villanueva por el delito de falsedad genérica, previsto en el artículo cuatrocientos treinta y ocho del Código Penal, a dos años de pena privativa de libertad; y por el delito de atentado contra la integridad de datos informáticos, previsto en el artículo tres de la Ley número treinta mil noventa y seis, a tres años de pena privativa de libertad (en total cinco años de pena privativa de libertad efectiva); mientras que a los procesados Mergoni Ortega y Bautista Llerena se les impuso un año y seis meses de pena privativa de libertad por el delito de falsedad genérica, y dos años y seis meses de pena privativa de libertad por el delito informático (en total cuatro años de pena privativa de libertad suspendida).

CUARTO. Previo a emitir pronunciamiento respecto de la responsabilidad de los recurrentes, corresponde evaluar el correcto juicio de tipicidad efectuado por la instancia de mérito, dado que los recurrentes, como agravio de su recurso impugnatorio, coincidieron en sostener que se debió aplicar el concurso ideal de delitos, por el principio de especialidad de la norma.

4.1. Frente a la pluralidad de delitos imputados a los procesados, es claro que nuestro Código Penal tiene previsto un conjunto de reglas para indicar al juez de qué manera debe resolver este tipo de conflictos, dadas las importantes consecuencias que tienen para la individualización de la pena; cada una de estas reglas advierte presupuestos para un juicio adecuado de subsunción de hechos.

4.2. En el presente caso, como se reseña, se les atribuye a los imputados los siguientes delitos:

Delito informático, previsto en el artículo tres de la Ley número treinta mil noventa y seis, que establece lo siguiente:

> El que, a través de las tecnologías de la información o de la comunicación, introduce, borra, deteriora, altera, suprime o hace inaccesibles datos informáticos, será reprimido con

pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ochenta a ciento veinte días multa".

Delito de falsedad genérica, previsto en el artículo cuatrocientos treinta y ocho del Código Penal, que establece lo siguiente:

El que de cualquier otro modo que no esté especificado en los capítulos precedentes, comete falsedad simulando, suponiendo, alterando la verdad intencionalmente y con perjuicio de terceros, por palabras, hechos o usurpando nombre, calidad o empleo que no le corresponde, suponiendo viva a una persona fallecida o que no ha existido o viceversa, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

4.3. Según la hipótesis fiscal (acusación escrita de folios dos mil doscientos setenta y nueve), los procesados habrían incurrido en el delito informático por haber ingresado indebidamente al Sistema de Control de Conductores (SCC) y al Sistema Nacional de Conductores (SNC), utilizando la información privilegiada (usuario y contraseña) que habían recibido para el desempeño de sus funciones en el cargo para el que fueron contratados, información que fue alterada a cambio de un beneficio económico.

4.4. Sobre el delito de falsedad genérica, sostiene que los procesados registraron información falsa en el Sistema Nacional de Conductores, pues modificaron los requisitos exigidos (examen de manejo y/o de médico) para la obtención y recategorización de las licencias de conducir.

4.5. Es claro que el supuesto de hecho es uno solo donde advierte la existencia de un concurso aparente de normas penales. El concurso aparente de leyes se presenta en aquellas situaciones en las que para la tipificación de un hecho concurren, en apariencia, dos o más tipos penales; sin embargo, una regla extraída del sistema jurídico permite determinar que el hecho se encuadre en uno de los supuestos típicos en concurso aparente.

4.6. En efecto, la redacción del tipo penal de atentado contra la integridad de datos informáticos contempla varios verbos rectores como

introducir, borrar, deteriorar, alterar y/o suprimir datos informáticos falsos. Expuesto así, se desprende que el hecho no se configura por la sola utilización del usuario y contraseña, sino que se debe alterar, introducir, y/o modificar los datos informáticos, supuesto fáctico que también se les atribuye a los encausados como parte de los elementos objetivos del delito de falsedad genérica (simular, suponer y alterar la verdad); por lo que, en aplicación del principio de especialidad, no cabe atribuir a los encausados dos conductas distintas respecto al mismo hecho que típicamente calza, por especialidad, en el delito informático.

4.7. En consecuencia, en aplicación del principio de concurso aparente de leyes el hecho imputado se subsume, por resultar más específico, en la conducta descrita en el delito de atentado contra la integridad de datos informáticos y no en el de falsedad genérica, en tanto que el primer delito abarca la totalidad del hecho criminal, por tratarse de una norma especial.

QUINTO. Respecto de la responsabilidad penal. Determinada la subsunción correcta de los hechos atribuidos a los recurrentes como atentado contra la integridad de datos informáticos, corresponde determinar si existen los elementos necesarios y suficientes para ratificar el juicio de condena al que arribó la Sala Superior.

5.1. En ese sentido, respecto de la responsabilidad de Néstor Ricardo del Carpio Villanueva, está probado y no es objeto de cuestionamiento que este laboró en el área de Migraciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, entre enero y julio de dos mil diez, y que además se le entregó un usuario y clave para el desempeño de sus funciones, los mismos que revelan indicios de oportunidad para delinquir. A esto se aúna que se cuenta con los Informes número mil trescientos diez-dos mil diez-MTC/quince.cero tres, del cinco de noviembre de dos mil diez, y número cero cero treinta y ocho-dos mil diez-MTC/quince.cero tres, del ocho de septiembre de dos mil diez, el mismo que concluye que los administrados Ernesto Javier Huaira, Isaías Jeremías Sedano Ychipas, Titov Oyague Malpartida, Antonio Lanasca Huayra, Eleuterio León Rodríguez Valero, Walter Augusto Martínez Quinto y Manuel Gherman Oyague Malpartida lograron obtener o recategorizar una licencia de conducir sin haber cumplido con los requisitos previsto por ley, esto es, sin haber aprobado el

examen médico, curso y/o examen de manejo, para ello se valieron de "tramitadores" a cambio de un beneficio económico. Los trámites de estas licencias tienen como usuario de creación al recurrente Néstor Ricardo del Carpio Villanueva.

Asimismo, se cuenta con la versión de Edith Juana Carranza Quijano ante el plenario (sesión de audiencia del diez de octubre de dos mil diecisiete), quien se ratificó del referido informe del ocho de septiembre de dos mil diez; además, volvió a precisar sobre las irregularidades ocurridas en la oficina de Migración, específicamente en el cambio de categoría e incluso se logró precisar el usuario de creación, la hora y la fecha. Igualmente, se advierten indicios de capacidad para delinquir, pues se dejó asentado que en el Expediente número diecinueve mil ciento ochenta y siete-dos mil trece, mediante sentencia del veintiséis de diciembre de dos mil diecisiete, se expidió en contra del mismo Del Carpio Villanueva condena por los mismos delitos y hechos similares, lo que revela la capacidad y proclividad del encausado a cometer estos actos ilícitos.

Finalmente, se advierten indicios de mala justificación dado que el recurrente, como parte de su tesis defensiva, afirmó que su usuario y clave asignados eran compartidos por otros trabajadores, orden que había sido impartida por Rómulo Rangel Navarro, jefe del área de Informática; sin embargo, este testigo en la sesión de audiencia del veintiuno de septiembre de dos mil diecisiete, negó que haya impartido dicho orden, y por el contrario afirmó que el perfil de usuario y la contraseña entregados a los trabajadores eran personales e intransferibles. En ese mismo sentido, la testigo Rut Elizabeth Vásquez Correa, ante el plenario, en la sesión de audiencia del diez de octubre de dos mil diecisiete, ratificó que las claves eran personales y remarcó que los migradores podían ingresar, modificar y anular cualquier tipo de datos.

5.2. En ese mismo sentido, sobre la responsabilidad de Elizabeth Maiten Bautista Llerena, está probado que la encausada laboró para el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en la sede Orrego, durante el año dos mil diez, y que además se le entregó un usuario y clave. La encausada realizaba labores de revalidación, recategorización, duplicados, entre otros trámites, como sostuvo durante el plenario.

A esto se aúna que se cuenta con el Informe número mil trescientos diez dos mil diez-MTC/quince.cero tres, del cinco de noviembre de dos mil diez, que reveló que se bloqueó el trámite de recategorización del administrado Alejandro Doroteo Palacios Quiñones, quien pretendía obtener un duplicado de su licencia de conducir pero bajo una categoría que no le correspondía; por lo que, efectuadas las verificaciones del caso, se determinó que el registro de creación de la licencia AIIIb (categoría obtenida de forma fraudulenta) consigna como usuario de creación el nombre de la recurrente Bautista Llerena. Abona al juicio de condena las testimoniales de Edith Juana Carranza Quijano, Ruth Eilizabeth Vásquez Correa y Rómulo Rangel Navarro, quienes ante el plenario fueron enfáticos en afirmar que tanto los usuarios como las contraseñas eran de carácter personal e intransferible.

5.3. Respecto de la responsabilidad de Gino Ytalo Mergoni Ortega, está probado que laboró para el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, específicamente realizó labores de migración al sistema nuevo, durante el año dos mil diez, y que además se le entregó un usuario y clave para sus labores. Asimismo, se cuenta con el Informe número mil trescientos diez-dos mil diez-MTC/quince. cero tres, del cinco de noviembre de dos mil diez, que reveló que se bloqueó el trámite de duplicado de la licencia de conducir del administrado Luis Ginez Garate Sánchez, pues se advirtió que este pretendía un duplicado de su licencia bajo una categoría que no le correspondía; por lo que, efectuadas las verificaciones del caso, se determinó que el registro de creación de la licencia AIIIb (categoría obtenida de forma fraudulenta) consigna como usuario de creación el nombre de usuario de Wilmer Taboada Canchis.

Se adiciona que Taboada Canchis ante el plenario reiteró que el encausado Mergoni Ortega fue quien ese día (treinta de abril de dos mil diez) utilizó su usuario y contraseña, versión que a nivel preliminar el propio Mergoni Ortega reconoció. Sin embargo, como tesis exculpatoria afirmó que en la hora de creación de esta falsa categoría (doce horas cuarenta y cinco minutos) no se encontraba en su puesto de trabajo, pues salió a comprar un regalo para una actividad extralaboral; no obstante, no acompañó medio de prueba alguno que refuerce su versión exculpatoria, por el contrario, su solo

dicho resulta insuficiente para revertir la carga incriminatoria en su contra.

5.4. De las pruebas glosadas se desprende que está acreditado que las licencias de conducir cuestionadas fueron creadas de manera irregular y sin los documentos sustentatorios, en esta actividad ilegal participaron los encausados recurrentes, quienes se aprovecharon de su condición de empleados del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y utilizaron la información confidencial proporcionada para el desempeño de sus funciones (usuario y contraseña) para ingresar al sistema informático con la finalidad de modificar ingresando datos falsos para lograr que los administrados obtengan un duplicado de licencia pero bajo una categoría que no les correspondía. Por ello, más allá de los cuestionamientos planteados por la defensa de los recurrentes sobre la valoración de algún elemento de prueba (informes técnicos, pantallazos, testimoniales), estos no resultan suficientes para revertir la carga incriminatoria que pesa sobre los encausados recurrentes, convicción judicial a la que se arriba luego de la valoración conjunta del caudal probatorio.

5.5. Sobre la indebida aplicación de la Ley número treinta mil noventa y seis, se debe precisar que esta norma no descriminalizó el comportamiento típico previsto en la ley anterior (artículo doscientos siete-A concordado con el artículo doscientos siete-C del Código Penal); por el contrario, aclaró aspectos sustantivos relacionados con los elementos objetivos del tipo penal derogado, acorde con los avances de la tecnología por tratarse de delitos informáticos. En consecuencia, a efectos de determinar la ley aplicable al caso concreto, se debe verificar la que resulte más favorable a los intereses de los imputados. En ese sentido, resulta de aplicación la Ley número treinta mil noventa y seis, en tanto que el marco punitivo previsto en su artículo tercero resulta menor a la anterior norma, como bien se dejó asentado en un extremo del auto de enjuiciamiento del cuatro de julio de dos mil diecisiete (véase a folios dos mil seiscientos noventa y siete, fundamento dos punto dos), cuyo extremo no fue impugnado por la defensa de los encausados, con lo que se descarta cualquier afectación al principio de legalidad como sostiene la defensa de los recurrentes.

SEXTO. Respecto a la pena. Acreditado que el hecho incriminado y calificado típicamente como falsedad genérica y delito informático constituye un solo ilícito como atentado contra la integridad de datos informáticos, en aplicación del concurso aparente de leyes, corresponde determinar el nuevo quantum punitivo, teniendo como límite la pena impuesta a los recurrentes en la sentencia impugnada. En este caso, para Del Carpio Villanueva la pena no deberá ser superior a los cinco años, mientras que para Bautista Llerena y Mergoni Ortega la pena no puede ser superior a los cuatro años de privación de libertad.

6.1. Cabe precisar que el nuevo marco punitivo deberá situarse entre la pena mínima del delito de atentado contra la integridad de datos informáticos, previsto en el artículo tres de la Ley número treinta mil noventa y seis (tres años de pena privativa de libertad) y la pena máxima antes precisada. En ese sentido, para determinar la pena se debe considerar lo previsto en los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal, sobre individualización y cuantificación de la gravedad del delito, su modo de ejecución, el peligro ocasionado y la personalidad o capacidad del imputado; asimismo, la forma y las circunstancias de la comisión el delito, todo ello concordado con los principios de proporcionalidad, lesividad, legalidad y culpabilidad.

6.2. Dentro de ese contexto, en el caso específico de los procesados Bautista Llerena y Mergoni Ortega no se cuenta con alguna circunstancia agravante que pueda justificar que la pena no se determine dentro del tercio inferior; asimismo, entre sus condiciones personales se resalta que se trata de agentes primarios, que cuentan con carga familiar y con grado de instrucción superior, dicha circunstancia permite establecer como pena concreta la mínima fijada para el delito informático, en este caso tres años de pena privativa de libertad, la misma que tendrá el carácter de suspendida, conforme con el artículo cincuenta y siete del Código Penal.

6.3. Respecto a Del Carpio Villanueva tampoco concurre con alguna circunstancia agravante que pueda justificar que la pena no se determine dentro del tercio inferior; asimismo, entre sus condiciones personales se resalta que se trata de un agente primario, que cuenta con carga familiar y con grado de instrucción superior. No obstante, como se precisó contra este encausado, la misma Sala Superior dictó sentencia condenatoria en otro proceso (Exp. número diecinueve mil ciento ochenta y siete-dos mil diecisiete), por hechos similares,

lo que pone en evidencia su proclividad a cometer estos tipos de delitos informáticos. Asimismo, se logró acreditar su participación en la alteración de más de una licencia de conducir, lo que evidencia un comportamiento delictivo mayor al de sus coprocesados; por lo que la pena concreta a imponer será de cuatro años, con carácter de suspendida, conforme con el artículo cincuenta y siete del Código Penal, y se deberá disponer su inmediata libertad.

31

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

Acuerdo Plenario	2-2010/CJ-116
Fecha	16 de noviembre del 2010
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	Prado Saldarriaga y Barandiarán Dempwolf.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Barandiarán Dempwolf, Calderón Castillo y Santa María Morillo.
Disposiciones estudiadas	Arts. 153°, 186°, 189° y 297° del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	7° al 12°

RESUMEN:

Las circunstancias agravantes específicas son aquéllas que son integradas en determinados delitos de la parte Especial del Código Penal. Se caracterizan por presentar escalas punitivas conminadas que difieren tanto en extensión como en gravedad y que son atribuidas por la misma Ley. En los casos en los que se cuente con la presencia de ***múltiples circunstancias agravantes específicas****, la determinación de la pena concreta deberá fijarse por medio de un* ***examen coherente y eficaz de todas las circunstancias concurrentes****. No obstante, la eficacia de las circunstancias agravantes concurrentes deberá ser limitada siempre por la imposibilidad de realizar una doble valoración respecto a un mismo indicador o factor de agravación. Lo dicho implica la necesidad de que el juez aplique un test de compatibilidad sobre todas las circunstancias agravantes existentes en el caso concreto para así comprobar que cada una se encuentre referida siempre a un factor o indicador diferente.*

En las situaciones en las que concurran ***circunstancias agravantes específicas de diferentes grados o niveles*** *y que –por lo mismo- están vinculadas a distintas escalas de pena conminada,* ***la circunstancia que cuente con un mayor grado absorberá el potencial y eficacia agravante de las de grado inferior****. Será considerada como pena básica y es en virtud a ella que el órgano jurisdiccional deberá determinar la pena concreta a imponer.*

FUNDAMENTOS:

"Las Circunstancias Agravantes de Diferente Grado o Nivel:

7º. Son aquellas circunstancias agravantes específicas que se encuentran adscritas a determinados delitos de la Parte Especial del Código Penal, pero para las cuales la ley establece escalas punitivas conminadas de diferente extensión y gravedad. En la legislación penal nacional su presencia normativa ha sido frecuente en los casos de delitos de relevante persecución social como el secuestro, el hurto, el robo o el tráfico ilícito de drogas. Efectivamente, en la actualidad los artículos 152º, 186º, 189º y 297º del Código sustantivo regulan, sucesivamente, hasta tres grados o niveles de circunstancias agravantes. Ahora bien, cada uno de estos grados o niveles tiene prevista una pena conminada que será aplicable exclusivamente a los supuestos agravantes que integran el respectivo grado o nivel. La técnica legislativa utilizada determina una escala ascendente de penalidad conminada. Por tanto, la pena conminada más grave se consigna para las agravantes de tercer grado y la menos severa para las agravantes comprendidas en el primer grado. Por ejemplo, en el caso de las circunstancias agravantes del delito de robo [Cfr, Artículo 189º del Código Penal] se detecta que las agravantes de primer grado o nivel tiene como escala de penalidad conminada entre doce a veinte años de pena privativa de libertad; mientras que las agravantes de SEGUNDO grado o nivel establecen penas entre veinte y treinta años de pena privativa de libertad; y, en el caso de las agravantes de tercer grado o nivel tienen como estándar punitivo la pena de cadena perpetua.

La Concurrencia de Circunstancias Agravantes Específicas:

8º. Es muy común en la casuística judicial de nuestro país la presencia simultánea y plural, en un caso penal, de dos o más circunstancias agravantes específicas de distinto nivel o grado; y, por tanto, con diferente penalidad conminada. Ello ocurre con frecuencia en la comisión de delitos de cierta complejidad como el robo, sobre todo si tal ilícito fue realizado en casa

habitada (agravante de primer grado), causando lesiones leves a la víctima (agravante de SEGUNDO grado) y por integrantes de una banda (agravante de tercer grado).

9º. Esta presencia múltiple de circunstancias agravantes configura lo que la doctrina denomina concurrencia de circunstancias. Según la doctrina y la jurisprudencia nacional, la determinación de la pena concreta, en tales supuestos, demanda una visualización analítica pero integrada, a la vez que coherente, de la calidad y eficacia de las circunstancias concurrentes. Lo cual implica, como regla general, que el Juez no puede dejar de apreciar y valorar cada circunstancia concurrente [Cfr. Acuerdo Plenario Nº 1-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, Fundamento Jurídico 9º].

10º. Por tanto, todas las circunstancias presentes en el caso sub judice deberán ser evaluadas, atendiendo a su condición, naturaleza y efectos, para poder configurar la pena concreta. Esto significa, por ejemplo, que a mayor número de circunstancias agravantes concurrentes la posibilidad de alcanzar el extremo máximo de la pena básica será también mayor. Sin embargo, la eficacia de las circunstancias agravantes concurrentes quedará siempre limitada por la imposibilidad de realizar una doble valoración sobre un mismo indicador o factor de agravación. Esto es, garantías procesales como el *ne bis in idem* exigen, para tales casos, que el juez aplique un test de compatibilidad sobre todas las circunstancias agravantes que concurren. Es decir que examine que cada circunstancias concurrente este referida siempre a un factor o indicador diferente.

11º. Ahora bien, si las circunstancias agravantes luego de ser examinadas por el juez resultan compatibles entre sí, el órgano jurisdiccional deberá, como ya se ha mencionado, de valorarlas en conjunto y extraer de ellas los efectos correspondientes que abonen a la construcción y definición de la pena concreta. Por el contrario, cuando las circunstancias agravantes concurrentes aluden a un mismo factor, ellas son incompatibles y deben excluirse en función de su especialidad. Es decir, la circunstancia agravante especial excluirá a la genérica. Un ejemplo de ello, en base a las circunstancias agravantes específicas del artículo 189º, sería el caso de la pluralidad de agentes (primer párrafo inciso 4) que quedará excluida por la calidad de integrantes de una organización criminal que aquellos tengan (tercer párrafo). Sólo esta última deberá ser tomada en cuenta por el juez para decidir sobre la pena concreta.

La Determinación de la Pena en caso de Concurrencia de Circunstancias Agravantes Específicas de Diferente Grado o Nivel:

12°. El problema a dilucidad esta en relación con la Concurrencia de Circunstancias Agravantes Específicas de distinto grado o nivel. Este conflicto se presenta cuando en la realización de un delito concurren simultáneamente circunstancias agravantes que, como en el ejemplo anteriormente planteado, no corresponden a un mismo nivel o grado sino a diferentes grados y, por tanto, están vinculadas a distintas escalas de pena conminada. El siguiente ejemplo grafica tal situación: X ha cometido un delito de robo en casa habitada (Art. 189°, Inc. 1, primer párrafo, pena privativa de libertad entre doce y veinte años, apoderándose de un bien de valor científico (Art. 189°, 4, segundo párrafo, pena privativa de libertad entre veinte y treinta años), y causando lesiones graves al propietario del inmueble (Art. 189°, tercer párrafo). En estos casos la circunstancia de mayor grado absorberá el potencial y eficacia agravante de las de grado inferior. Por consiguiente, ella operará como pena básica a partir de la cual el juez determinará la pena concreta a imponer. Por tanto, el ejemplo utilizado permite reconocer y concluir señalando que ante tal concurrencia de circunstancias agravantes el juez deberá decidir la pena concreta en base a la escala punitiva del agravante específica de mayor grado o nivel (producción de lesiones graves), por lo que la pena a imponer al condenado será la de cadena perpetua." (Sic).

32

§32. Determinación de la pena y concurso real de delitos

Acuerdo Plenario	4-2009/CJ-116
Fecha	13 de noviembre del 2009
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	Prado Saldarriaga y San Martín Castro.
Jueces Supremos	Gonzáles Campos, San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo,Valdez Roca, Barrientos Peña, Biaggi Gómez, Molina Ordoñez, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Barandiarán Dempwolf, Calderón Castillo y Zevallos Soto.
Disposiciones estudiadas	Arts. 92° de la LOMP; 21°, 22°, 34ª, 46°-A, 46°-B, 46°-C, 48°, 50°, 50°-A, 51° y 440°-4 del CP.; 136°, 225°, 273°, 285°-A y 300°.1 del ACPP.; 161°, 349°.1, 350°.1, 374ª.1, 387°.1, 387°.2, 397°.3 y 409°.3 del NCPP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	6° al 18°

RESUMEN:

Para la determinación de la pena concreta en caso del concurso real de delitos debe aplicarse el ***principio de acumulación****. En virtud de dicho principio es que el órgano jurisdiccional deberá seguir los siguientes pasos:* ***1.*** *Identificar una pena básica, para lo que se deberá definir la posibilidad de sanción establecida legalmente para el delito; y una pena concreta para cada uno de los delitos integrantes del concurso real (pena parcial concreta); y,* ***2.*** *Sumar las penas concretas parciales para obtener la pena concreta total del concurso real. No obstante, la pena concreta total deberá someterse a un examen de validación: que no exceda de treinta y cinco años si es pena privativa de libertad temporal y que no exceda del equivalente al doble de la pena concreta parcial establecida en el punto 1 para el delito más grave; así como que ninguno de los delitos*

integrantes del concurso real haya recibido cadena perpetua como pena parcial, ya que en ese supuesto será aquélla la pena concreta y deberá suprimirse las demás penas concretas parciales.

Nuestra legislación, además, regula el ***concurso real retrospectivo o posterior*** *como una modalidad especial del concurso real de delitos. Se concurre a él cuando los delitos que componen un concurso* ***no fueron juzgados simultáneamente en un único proceso penal****, sino a medida que fueron descubriéndose. En el caso del concurso real retrospectivo la doctrina exige como criterio rector que el autor no debe ser castigado como una pena concreta final y total más severa que aquélla que se le habría aplicado si hubiese sido juzgado simultáneamente en un solo proceso. En todo los demás aspectos referidos a la determinación de la pena, se procederá según el punto 1 y el punto 2 ya explicados.*

FUNDAMENTOS:

"El concurso real de delitos:

6°. El artículo 50° del Código Penal –en adelante, CP- regula el denominado concurso real de delitos. El texto legal vigente, de dicha norma, fue introducido por la Ley 28730, del 13 de mayo de 2006.

Se produce un concurso real de delitos cuando un mismo autor con una pluralidad de acciones independientes entre sí, realiza, a su vez, varios delitos autónomos. A diferencia del concurso ideal (que presenta unidad de acción), el concurso real se caracteriza por presentar pluralidad de acciones y por ello constituye la contrapartida del concurso ideal [VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: Derecho Penal Parte General, Editorial Grijley, Lima, 2006, página 703].

Existen dos formas de concurso real de delitos: el homogéneo y el heterogéneo. El concurso real es homogéneo si la pluralidad de delitos cometidos corresponden a una misma especie; por ejemplo, cuando en diversas ocasiones y de modo independiente se cometieron varios robos. El concurso real es heterogéneo cuando los delitos realizados por el mismo autor constituyen infracciones de distinta especie, es decir, si en distintas oportunidades se cometieron un hurto, lesiones y una falsificación de documentos. Los presupuestos y requisitos legales del concurso real de delitos son los siguientes:

A. Pluralidad de acciones.

B. Pluralidad de delitos independientes.

C. Unidad de autor.

El agente en el concurso real de delitos debe ser objeto de enjuiciamiento en un mismo proceso penal –enjuiciamiento conjunto-, lo que, por consiguiente, da lugar a una imputación acumulada al agente de todos los delitos perpetrados en un determinado espacio de tiempo [GARCÍA CAVERO, PERCY: Lecciones de Derecho Penal Parte General, Editorial Grijley, Lima, 2008, página 655]. La comisión de varios delitos en concurso real crea los presupuestos de su enjuiciamiento simultáneo en función a la conexidad material existente entre ellos.

7°. Para la determinación de la pena concreta aplicable, en caso del concurso real de delitos, rige un procedimiento que responde a las reglas derivadas del denominado "principio de acumulación". El esquema operativo que el órgano jurisdiccional debe desarrollar en estos casos es el siguiente:

A. Identificación de una pena básica y una pena concreta parcial para cada delito integrante del concurso. Ello supone, como primer paso, que se defina la posibilidad de sanción establecida para el delito -límites mínimo y máximo o pena básica- en base a la penalidad conminada en la ley para dicho ilícito. El SEGUNDO paso consiste, atento a las circunstancias correspondientes y/o concurrentes de su comisión, en la concreción de la pena aplicable al delito en cuestión -pena concreta parcial -. Cabe precisar que esta primera etapa de determinación de la pena deberá cumplirse tantas veces como delitos que estén en concurso real. El órgano jurisdiccional debe operar para ello en principio de la misma forma como si cada hecho debiera enjuiciarse solo.

B. En la segunda y última etapa, cumplida la precedente, el Juez procederá a sumar las penas concretas parciales y así obtener, con dicha adición, un resultado que será la pena concreta total del concurso real. Sin embargo, esta pena concreta resultante tendrá que ser sometida a un doble examen de validación.

En primer lugar, será del caso verificar que la pena no exceda de treinta y cinco años si es pena privativa de libertad temporal, así como que tampoco exceda el equivalente al doble de la pena concreta parcial establecida para el delito más grave de los comprendidos por el concurso real. En caso de que el resultado de la pena concreta total supere cualquiera de esos dos límites legales, su extensión deberá de

reducirse hasta el límite correspondiente (treinta y cinco años o el que representa el doble de la pena concreta parcial fijada para el delito más grave).

Finalmente, el artículo 50° CP incorpora una última verificación de carácter excepcional. Ésta implica cotejar que ninguno de los delitos integrantes del concurso real haya obtenido como pena parcial la de cadena perpetua, ya que de darse tal supuesto dicha sanción punitiva sería la única que tendría la condición de pena concreta, suprimiéndose, en tal caso, las demás penas concretas parciales. Cabe aclarar que si más de un delito resultase con pena concreta parcial de cadena perpetua estas no se sumarían debiendo aplicarse como pena concreta total sólo una de ellas.

8°. Constituye una modalidad especial de concurso real de delitos, el denominado concurso real retrospectivo o posterior. Ella está contemplada en el artículo 51° CP y cuyo texto vigente fue incorporado también por la Ley 28730.

El concurso real retrospectivo o posterior se configura cuando los delitos que componen el concurso no fueron juzgados simultáneamente en un solo proceso penal. Es decir, al autor de esa pluralidad concursal de delitos independientes se le fue sometiendo a juicio y condenando secuencialmente por cada hecho punible, según la oportunidad en que tales ilícitos se fueron, sucesivamente, descubriendo. Un ejemplo puede ilustrar esta peculiar situación material y procesal: X cometió un hurto en abril de 2003. Al año siguiente, en marzo de 2004, utilizó una libreta electoral falsa para suscribir un contrato de arrendamiento. Luego, en junio de 2006, ocasionó lesiones graves a su vecino. Este último lo denunció, por lo que X fue procesado y condenado a cinco años de pena privativa de libertad. Sin embargo, estando recluido él fue reconocido por el agraviado del hurto que cometió en el 2003, quien al denunciarlo le generó un nuevo proceso penal. Al iniciarse este nuevo juicio se descubrió la utilización del documento falso el año 2004, lo que motivó que se le amplíe la instrucción por el delito contra la fe pública. Como se puede apreciar en este ejemplo, si bien existe un concurso real entre los delitos de robo (artículo 185° CP), falsedad documental (artículo 427° CP) y lesiones graves (artículo 121° CP), tales delitos no han podido ser juzgados en el mismo proceso judicial sino en juicios sucesivos posteriores a la primera condena por lesiones graves. Partiendo de la estructura normativa del concurso real retrospectivo de delitos, cabe identificar como sus presupuestos y requisitos a los siguientes:

A. Pluralidad de delitos.

B. Juzgamiento sucesivo de los delitos en concurso.

C. Unidad de autor.

9°. En la imposición de la pena concreta para esta modalidad especial de concurso real la doctrina exige que se fije como criterio rector que el autor no debe resultar con una pena concreta final y total, luego de sus sucesivos juzgamientos y condenas, que sea más severa que aquella que se le habría aplicado si hubiese sido juzgado simultáneamente, en un sólo proceso, por todos los delitos que cometió y que dieron lugar al concurso real [HURTADO POZO, JOSÉ: Manual de Derecho Penal. Parte General I, 3ª edición, Editorial Grijley, Lima, 2005, Página 942, numeral 2422]. En coherencia con dicho criterio la modificación del artículo 51° CP, mediante la Ley 28730, ha establecido que la pena concreta para tales casos, surgirá, también, de la aplicación del mismo procedimiento regulado para el concurso real de delitos en el artículo 50° CP. Es decir, el órgano jurisdiccional competente en cada juzgamiento deberá adicionar las penas concretas parciales que obtenga por los delitos que procesó, a aquellas que ya fueron impuestas en los juzgamientos precedentes. Luego deberá someter el resultado o pena concreta total del concurso real retrospectivo, a las verificaciones y límites señalados en el mismo artículo 51° CP y a los cuales ya se ha hecho mención al analizar el caso del concurso real (no superar treinta y cinco años de pena privativa de libertad ni superar el doble de la pena concreta parcial correspondiente al delito más grave y aplicar sólo la pena de cadena perpetua si ella resulta como sanción para, cuando menos, uno de los delitos en concurso).

El concurso real de faltas:

10°. La Ley 29407, promulgada el 16 de setiembre de 2009, incorporó en el Código Penal el artículo 50°-A para regular el denominado concurso real de faltas. Según éste artículo: "Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deben considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será sancionado como autor y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado".

La confusa redacción de dicha norma complica el análisis dogmático sobre la estructura y configuración de esta novedosa modalidad concursal. No obstante, una aproximación general a sus contenidos permite señalar como sus presupuestos y requisitos a los siguientes:

A. Pluralidad de acciones.

B. Pluralidad de faltas independientes.

C. Pluralidad de personas perjudicadas.

D. Unidad de autor.

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

Al parecer también es posible un concurso real homogéneo o heterogéneo de faltas ya que el texto de la norma alude a que los actos del agente "...infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza,...".

Sin embargo, resulta compleja la descripción que hace la ley sobre las reglas de determinación de la pena en el párrafo final del artículo 50°-A CP: "... será sancionado como autor y se le impone la pena privativa de libertad prevista para éste, teniendo en cuenta el perjuicio total causado.". Al respecto, y teniendo en cuenta los criterios asumidos para los casos del concurso real de delitos por los artículos 50° y 51° CP, una opción interpretativa válida sería inferir que la penalidad concreta del concurso real de faltas surgirá de la acumulación de las penas parciales correspondientes a cada falta integrante de la estructura concursal. Pero, el problema hermenéutico subsiste por la alusión que hace el texto legal a una "pena privativa de libertad prevista", la cual no está considerada actualmente para ningún tipo de falta regulada en el Libro TERCERO del Código Penal. Efectivamente, tales infracciones penales sólo pueden ser reprimidas con penas restrictivas de derechos -prestación de servicios a la comunidad- y multa, conforme al artículo 440°.3 CP. Es más, la única posibilidad legal de aplicar esta clase de pena privativa de libertad en una falta se concentra en el heterodoxo supuesto de conversión que estipula el modificado inciso 3 del artículo 440° CP (Disposiciones Fundamentales), pero que sólo puede operar en casos de reincidencia en faltas contra la persona del artículo 441° CP o contra el patrimonio del artículo 444° CP, situaciones y efectos no compatibles con la noción de reiterancia -pluralidad de infracciones penales cometidas pero ausencia de sentencias condenatorias precedentes- que gobierna y caracteriza a toda forma de concurso real de infracciones penales.

Esta incoherencia normativa es consecuencia de haber mantenido en el artículo 50°-A CP, en gran medida, el mismo enunciado propuesto por el Proyecto Parlamentario definitivo que dio origen a la Ley número 29407 y

que era el siguiente: "Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deben considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, es castigado como autor o participe del delito correspondiente y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado". La redacción proyectada aludía, pues, a un "delito" y no una falta, por lo que si era posible considerar la aplicación de una pena privativa de libertad que correspondiera a un hecho punible.

Esta heterodoxa redacción y consecuencia punitiva del artículo 50°-A CP, fue confirmada, luego, con la fe de erratas publicada el 29 de septiembre de 2009 (diario oficial el Peruano. Suplemento de normas legales. Edición del martes 29 de septiembre de 2009, página 403452). Por tanto, el texto vigente a quedado redactado con el siguiente tenor: "Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deban considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será sancionado como autor del delito correspondiente y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado".

La norma citada no señala cuál es el delito correspondiente que aportará la pena aplicable ni cuantos faltas deben cometerse para que se asimilen a un delito. No hay, pues, por vía hermenéutica posibilidades de compatibilizar tales defectos de técnica legislativa con las exigencias derivadas del principio de legalidad.

En consecuencia, solo cabe postular que se apliquen al concurso real de faltas iguales reglas de determinación de la pena concreta que actualmente rigen para el concurso real de delitos. Esto es, que se adicionen o acumulen todas las penas concretas parciales aplicables a cada una de las faltas cometidas por el mismo agentes y que perjudicaron a varios agraviados. Sin embargo, el resultado final no deberá exceder los límites genéricos de las penas de prestación de servicios a la comunidad y de multa que fijan los artículos 34º CP (ciento cincuenta y seis jornadas de servicios semanales) y 440º.4 CP (ciento ochenta días-multa), respectivamente.

Acusación fiscal y congruencia:

12°. La acusación fiscal debe indicar la acción u omisión punible y las circunstancias que determinan la responsabilidad del imputado (artículos 225°.2 del Código de Procedimientos Penales –en adelante, ACPP- y 349°.1-b del Código Procesal Penal –en adelante, NCPP-). Un requisito formal de la acusación es,

precisamente, su exhaustividad y concreción –debe cumplir con lo dispuesto en los artículos 92° de la Ley Orgánica del Ministerio Público y 225° ACPP o 349°.1 NCPP-. Si la acusación es vaga e insuficiente produce indefensión.

La acusación fiscal, valorando tanto los actos de investigación como los actos de prueba preconstituida o anticipada y la prueba documental, en primer lugar, debe precisar con rigor los hechos principales y el conjunto de circunstancias que están alrededor de los mismos; y, en segundo lugar, debe calificarlos jurídicamente acudiendo al ordenamiento penal: tipo legal, grado del delito, tipo de autoría o de participación, así como mencionar las diversas circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad penal que están presentes en el caso (artículos 46°-A, 46°-B, 46°-C, 21° y 22° CP, y artículos 136° ACPP o 161° NCPP), y las reglas propias del concurso de delitos (artículos 48°/50° CP).

Las normas sobre el concurso de delitos tienen una incidencia directa en la determinación del marco penal aplicable. Así han sido concebidas por el derecho positivo; el Código Penal las incorpora en el Capítulo II del Título III del Libro primero, dedicado a la aplicación de la pena-. Sin perjuicio de lo expuesto, es de enfatizar que los concursos delictivos –concurso ideal, concurso real, delito continuado y delito masa-, son casos de concurrencia de tipos penales realizados sin que ninguno excluya a otro, con diferentes normas penales violadas y diversidad de bienes jurídicos lesionados [QUINTERO OLIVARES, GONZALO: Manual de Derecho Penal Parte General, 2° Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2000, página 747].

13°. Si el Tribunal de instancia, en la etapa intermedia, no realizó un efectivo control de la acusación instando la subsanación de la omisión respecto al posible concurso de delitos, resta determinar si esta omisión –así, por ejemplo, precisión de que se trata de un concurso real con las consecuencias correspondientes en el ámbito de la pena- debe ser objeto de un planteamiento de la tesis de desvinculación procesal o de información judicial -cuyo eje es el respeto del principio de contradicción y de la garantía de defensa procesal, concretamente, del derecho al conocimiento de los cargos.

El planteamiento de la tesis, según el artículo 285°-A ACPP, sólo es posible cuando corresponda variar la calificación jurídica del hecho procesal o cuando se adviertan circunstancias modificativas de la responsabilidad no incluidas en la acusación que aumentan la punibilidad. Sólo está destinada, por consiguiente, a la introducción de hechos no esenciales o accidentales al hecho principal –inmutable en sí mismo- y a desvinculación respecto de la calificación jurídica del hecho acusado.

Es evidente que el concurso de delitos no constituye una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal; es decir, elementos fácticos accidentales del delito, que no condicionan su existencia pero inciden en la moderación o agravación de la pena. Las reglas sobre el concurso de delitos tampoco incide en la calificación jurídica de las conductas delictivas: tipicidad objetiva y subjetiva, grado del delito, tipo de autoría o de participación.

Por tanto, las referencias jurídicas al concurso de delitos, necesarias para la valoración del hecho procesal, no infringe principio ni garantía procesal alguna, siempre que, como corresponde, no se introduzcan nuevos datos o elementos a los que no se hubieran podido referir las partes por desconocimiento de los mismos –por lo demás, es de tener presente que los elementos de hecho son susceptibles de prueba y las valoraciones lo son de debate-. Así las cosas, no hace falta plantear la tesis o, en otros términos, el no planteamiento de la tesis en este caso, aún cuando sería recomendable a fin de consolidar un debate puntual sobre este asunto –de suerte que en clave garantista es conveniente hacerlo para instar una discusión jurídica acabada sobre el concurso real y sus consecuencias punitivas-, no vulnera las formas esenciales del juicio ni genera indefensión alguna.

Cabe señalar que el concurso real de delitos, al configurarse por distintas acciones y diferentes resultados, no crea problemas técnico jurídicos mayores a la teoría del delito, pues ésta se cumple sin ninguna complejidad en relación con cada uno de los delitos que entran en concurso. El problema político-criminal se contrae a la decisión del castigo a imponer [QUINTERO OLIVARES, GONZALO, Obra citada, página 748].

14°. El NCPP tiene instituciones precisas que permiten un control más efectivo de la acusación. En efecto, el artículo 350°.1 NCPP, entre las ocho mociones o peticiones autorizadas, otorga a las partes –y que, por su propia naturaleza referida a la admisibilidad de un acto postulatorio de especial trascendencia procesal, también puede ser deducida de oficio por el Tribunal- la posibilidad de observar la acusación que contiene defectos formales y, por ello, de requerir su corrección –casos de una acusación incompleta o que no ha hecho referencia, por ejemplo, a los supuestos de concurso de delitos y a la definición del marco penal-. El artículo 374°.1 NCPP reconoce al Tribunal la facultad de plantear la tesis cuando sea posible una calificación jurídica de los hechos objeto del debate que no ha sido considerada por el Ministerio Público. El artículo 387°.2 NCPP otorga al Fiscal la facultad solicitar un aumento o disminución de la pena si durante el juicio han surgido nuevas razones justificativas para hacerlo. Éste sería el caso de la afirmación de un concurso de delitos, que conlleva una pena

más grave, cuya aceptación está condicionada, como es obvio, a la formulación de razones jurídicas específicas o nuevas en relación con la acusación escrita, en tanto en cuanto no importen una modificación del hecho procesal.

15°. Si la determinación e individualización de la pena constituye un procedimiento técnico y valorativo debidamente regulado por el Código Penal, es evidente que todos aquellos hechos y circunstancias que determinan su apreciación jurídica para la definición del marco penal y de la pena concreta, de un lado, integran el objeto del debate, y, de otro lado, están sometidos al principio de legalidad penal. En aquellos supuestos de concurso, como es el caso del concurso real de delitos, en que el Fiscal omitió mencionar la cita legal respectiva y afirmar explícitamente la existencia de tal institución, ha de entenderse que se trata de un error evidente fácilmente constatable por la defensa, pues la ley explícitamente contempla tal supuesto cuya consecuencia penológica no puede serle ajena.

Los casos de errores u omisiones evidentes, de imposible inadvertencia para las partes frente a una disposición legal que rige la determinación e individualización de la pena, no pueden constituir un límite a la potestad jurisdiccional vinculada en estos casos a los principios de legalidad y culpabilidad. Ésta es la doctrina que fluye de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 10 de febrero de 1995, recaída en el Asunto Gea Catalán contra España.

16°. Los artículos 225° y 273° ACPP y 349°.1 y 387°.1 NCPP exigen que el Fiscal en su acusación, tanto escrita como oral, precise la pena que solicita. El Tribunal no tiene una vinculación absoluta con ese pedido de pena, aunque los dos Códigos presentan algunas diferencias entre sí. El artículo 285°-A.4 ACPP estipula que es posible que el Tribunal aplique una sanción más grave que la solicitada por el Fiscal, aunque está obligado a una motivación reforzada. El artículo 397°.3 NCPP, sin embargo, fija como regla que el Tribunal no puede aplicar una pena más grave que la requerida por el Fiscal, salvo que solicite una por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación.

La regla general es que la individualización de la pena es tarea que corresponde a los tribunales como esencialmente unida a la función de juzgar, y siempre deben hacerlo dentro del marco legal, con independencia de la posición de la acusación. El petitum o petición de pena no integra el objeto del proceso penal ni define el principio acusatorio, aunque, desde luego –y en la concepción asumida por el NCPP- tiene incidencia en el principio de contradicción y la garantía de defensa procesal, pues, fija los términos del debate al señalar un tope máximo a la pena a imponer en el caso concreto y expresa un límite a las funciones encomendadas tanto al Ministerio Público cuanto al Poder Judicial dentro de

la organización del Estado [COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, MIGUEL: La iniciativa del Tribunal en las decisiones y pronunciamientos de la sentencia penal. En: Revista del Poder Judicial, Edición CGPJ, Madrid, Iberius, 2004, página 30].

El NCPP, en consecuencia, impide imponer una pena concreta superior a la instada por el Ministerio Público. Ello presupone, desde luego, que la pena solicitada sea la legalmente prevista, respete el marco penal adecuado al tipo legal y a las demás circunstancias modificativas de la responsabilidad.

17°. El problema se presenta cuando la acusación ha solicitado erróneamente la imposición de una pena que no corresponde a lo previsto en la ley, bien porque haya requerido la aplicación de una pena inferior al mínimo legal, o bien porque omita pedir alguna de las penas que la ley haya previsto para esa concreta infracción penal –por ejemplo, no incluyó alguna de las penas principales conjuntas o una pena accesoria-. En estos casos prima el principio de legalidad, pues el Juez está sometido a la Ley, que no puede dejar de aplicarla. El Juez, en suma, debe imponer la pena dentro del marco legal correspondiente. No está librada al arbitrio del Ministerio Público la fijación de penas distintas a las señaladas por la ley para cada delito. No se trata de impedir que la acusación señale un límite máximo –que es la pauta legal fijada por el NCPP-, sino de evitar que pueda establecer penalidades diferentes a las legales, cuestión totalmente diferente, que se resuelve con la primacía del principio de legalidad. Tal limitación, dice por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo Español del 12 de abril de 1995, no es aplicable a los errores que hayan podido cometerse en los escritos de calificación (acusación fiscal).

Por lo demás, en estos casos el Tribunal ha de imponer la pena legalmente procedente, teniendo en cuenta los elementos agravatorios introducidos por la acusación y debatidos (o susceptibles de haberlo sido) en el juicio oral, concretándola en cuanto a su cuantía y duración en el mínimo legal [COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, MIGUEL: Obra citada, página 33].

18°. Sentado que el Tribunal de Mérito debe desentenderse del requerimiento de una pena ilegal y otorgar primacía al principio de legalidad, distinto es el caso cuando se trata de la potestad de un Tribunal de Apelación, de Casación o del recurso de nulidad. Prima en este caso el principio dispositivo cuyo interés es el límite de la facultad de revisión del Tribunal Ad Quem.

Si se trata de un recurso acusatorio, esto es, el Fiscal es el recurrente y pide una pena mayor, el Tribunal de Revisión tendrá como tope recursal la pretensión impugnativa del Fiscal, en tanto sea coherente con la pretensión penal hecha

valer cuando formuló acusación oral. Es posible que la pretensión en cuestión sea objetivamente ilegal y no respete el marco penal del artículo 50° CP, empero aquí se superpone el principio dispositivo en tanto expresa un límite razonable de entidad político criminal, compatible con la garantía de tutela jurisdiccional, al poder de revisión de la instancia superior. Por ende, a lo más el Tribunal deberá, si correspondiere, elevar la pena hasta el tope de la pretensión ejercitada, pudiendo hacer referencia al concurso real de delitos aún cuando sobre ese extremo no se haya pronunciado el Tribunal de Mérito y la acusación fiscal.

Si, por el contrario, se trata de un recurso defensivo interpuesto por el imputado o por la Fiscalía a su favor y el Tribunal de Revisión advierte que la pena impuesta no es compartible con el marco penal legalmente establecido –incluso, vulnera flagrantemente las reglas del artículo 50° CP-, en aplicación del principio de interdicción de la reforma peyorativa (artículos 300°.1 ACPP y 409°.3 NCPP) no le es posible subsanar el error y tampoco anular el fallo porque ello importaría afectar el entorno jurídico del imputado y con él la propia esencia del derecho al recurso, que integra el contenido esencial de la garantía procesal del debido proceso." (Sic).

33

§33. Reincidencia, habitualidad y determinación de la pena

Acuerdo Plenario	1-2008/CJ-116
Fecha	18 de julio del 2008
Procedencia	Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	Prado Saldarriaga.
Jueces Supremos	Gonzáles Campos, San Martín Castro, Villa Stein, Lecaros Cornejo, Rodríguez Tineo, Valdez Roca, Rojas Maraví, Ponce De Mier, Molina Ordoñez, Santos Peña, Vinatea Medina, Príncipe Trujillo, Pariona Pastrana, Calderón Castillo y Urbina Ganvini.
Disposiciones estudiadas	Arts. 46°-A, 46°-B y 46°-C del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	12° y 13°, literales a, b, c, d, e, f y g.

RESUMEN:

*La **reincidencia** se caracteriza por operar hasta los **cinco años** posteriores al cumplimiento parcial o total de la primera condena, y por tratarse –en caso del delito nuevo- de un hecho delictivo que puede ser **de igual o distinta naturaleza que el que determinó la primera pena privativa de libertad.***

*En cuanto a la **habitualidad,** ella se produce solamente en el caso en que **tres delitos** se hayan cometido en un lapso de cinco años y **no medie condena sobre alguno de ellos en dicho plazo**. Además, la habitualidad requiere que todos los delitos cometidos sean **dolosos y de igual naturaleza**.*

En ningún caso la pena concreta que corresponda a la efectividad de la agravación por reincidencia o habitualidad será mayor de treinta y cinco años de pena privativa de libertad. Si los delitos que dan lugar a tales supuestos tengan prevista pena de cadena perpetua, sólo se procederá aplicando dicha pena.

FUNDAMENTOS:

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

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

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

1) Haber cumplido en todo o en parte una condena a pena privativa de libertad. No está comprendido el cumplimiento total o parcial de otra clase de pena. Se trata de una sentencia condenatoria ejecutoriada a pena privativa de libertad de carácter efectiva.

2) Los delitos- se excluyen las faltas- antecedente y posterior han de ser dolosos. El delito posterior debe cometerse luego del cumplimiento total o parcial de la pena privativa de libertad. Ello presupone sentencias firmes y con principio de ejecución efectiva.

3) No hace falta que el delito posterior esté en el mismo Título del Código, o mejor dicho, sea de la misma naturaleza, es decir, que exista identidad o similitud del tipo o la identidad del bien jurídico vulnerado; no hay un elemento relacional entre los dos delitos. Se trata, por consiguiente, de una reincidencia genérica.

4) El lapso de tiempo que debe transcurrir, luego del cumplimiento total o parcial de la pena privativa de libertad- condición básica para calificar de reincidente a un delincuente-, es de cinco años. Para el entendimiento de este último requisito se recurre a la regla del artículo 46°-C del Código Penal, que precisa que los hechos punibles se han de perpretarse "... *en un lapso que no exceda de cinco años*".

5) Es una circunstancia personal e incomunicable a los coautores o partícipes en quienes no concurra.

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

Respecto de la **MEDIDA DE LA PENA** al reincidente es de indicar lo siguiente:

A. La especialidad de agravación de la pena por reincidencia se fundamenta básicamente, como ya se indicó, por razones de prevención especial – vida del autor anterior al delito- y, por lo tanto, ajenas a la culpabilidad por el hecho – no representa una causa de aumento de culpabilidad- (CHOCLÁN MONTALVO, JOSÉ ANTONIO: *Individualización judicial de la pena.* Madrid: Colex, 1997, p.197). Si la culpabilidad es un principio estructural básico del Derecho Penal, una de sus consecuencias es la función limitadora de la pena que debe cumplir dicho principio.

B. Establecida la calidad de reincidente del agente, y como la reincidencia es la única circunstancia que tiene como fundamento una pena merecida por otro hecho punible anterior y ya sancionado, el órgano jurisdiccional deberá determinar hasta donde llega la gravedad de la culpabilidad concreta – primera operación adicional-.Es evidente que las necesidades de prevención especial derivadas de la tenencia del autor sólo podrán ser contempladas hasta ese límite, que no tiene por qué empezar y, en su caso, agotar el tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. El marco penal adecuado a la culpabilidad por el hecho debe ir referido necesariamente a un

concreto autor y a las circunstancias del hecho realizado; y, hasta dicho límite, no hay ya razones para excluir las necesidades de prevención especial derivadas de la tendencia del autor, esto es, evitar su recaída en el delito (JAÉN VALLEJO, Manuel. *La Justicia Penal contemporánea.* Editorial Librería Portocarrero, Lima, dos mil dos, página cincuenta y nueve).

C. Dentro del marco establecido por la culpabilidad: determinación de un marco, necesariamente ampliado en sus posibilidades legales en virtud del artículo 46º- B del Código Penal, tiene lugar la segunda operación adicional – efectos punitivos concretos de la reincidencia-, con la que culmina la individualización de la pena. En este nivel se ha de tener cuenta que la culpabilidad por el hecho pudo agravarse por haberse rebelado el autor contra normas sociales cuya validez le queda por medio de una condena anterior por un nuevo delito doloso. Sin embargo, la agravación de la pena sólo se producirá cuando el sujeto manifiesta con su delito un menosprecio hacia el bien jurídico afectado y que no ha sido impresionado con la pena anterior, al punto de evidenciar que la sanción impuesta no le ha conducido a llevar un comportamiento social adecuado a la norma. Por lo que debe verificarse, en cada caso, si se le puede reprochar al autor, reincidente, que no haya tomado como advertencia la anterior condena (así, Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, del dieciséis de enero de mil novecientos setenta y nueve, pp. 125 ss).

13º. Sobre la base de los anteriores fundamentos jurídicos, y en torno a los problemas detectados y definidos en el numeral tres de los Antecedentes de este Acuerdo Plenario, se asumen los siguientes criterios de interpretación:

a. Sobre la operatividad paralela de las mismas circunstancias en disposiciones legales con funciones diferentes. Queda claro que la reincidencia y la habitualidad no pueden cumplir a la vez las funciones que corresponden a una circunstancia común y a una cualificada. Solo deben apreciarse en su rol de ***circunstancias cualificadas***, pues únicamente en ese caso pueden agravar la pena por encima del marco de conminación legal de la sanción para el delito cometido, lo cual fue el sentido de su reincorporación al Derecho Penal nacional.

b. Sobre la ***eficacia de las agravantes cualificadas para la determinación de la pena concreta.*** La condición cualificada de

una agravante siempre demanda que el juez determine la pena concreta dentro del nuevo marco conminatorio que ha fijado la ley como consecuencia punitiva para la reincidencia y la habitualidad. Y donde tomando de referencia la pena conminada para el delito que posibilita la configuración de la agravante cualificada, el nuevo máximo de la pena básica será el límite fijado por el artículo 46º- B para dicho tipo de agravante (un tercio o una mitad por encima del máximo original).

c. Sobre la ***operatividad de la agravante*** cualificada del artículo 46º- C frente a las reglas sobre concurso real y concurso real retrospectivo de delitos. Siendo la habitualidad una circunstancia agravante cualificada se deberán aplicar sus efectos punitivos solo en el tercer delito cometido en el lapso de cinco años y luego se sumará la pena resultante a las penas concretas correspondientes a los otros delitos del concurso real, pero respetando siempre los límites punitivos fijados por los artículos 50º y 51º del Código Penal (La pena total no debe ser superior al doble del máximo conminado para el delito más grave, ni mayor de treinta y cinco años de privación de libertad; y si para uno de los delitos en concurso corresponde cadena perpetua, sólo se aplicara esta sanción excluyéndose las demás).

d. Sobre los ***elementos de configuración*** de las agravantes cualificadas de los artículos 46º- B y 46º- C. Se debe asumir que la reincidencia opera sólo hasta los cinco años posteriores al cumplimiento parcial o total de pena privativa de libertad por condena anterior. Este límite cronológico es compatible con el que históricamente se fijaba en el artículo 111º del Código Penal del mil novecientos veinticuatro. Además resulta similar al considerado por el artículo 46º- C del Código Penal vigente para la habitualidad que regula una efectividad penal más gravosa. El nuevo delito que da lugar a la reincidencia puede ser de igual o distinta naturaleza que el que determinó la pena privativa de libertad cumplida total o parcialmente.

   En cuanto a la habitualidad, ella se produce solamente en el caso que los tres delitos se hayan cometido en un lapso de 5 años y no medie condena sobre alguno de ellos en dicho plazo. Además la habitualidad requiere que todos los delitos cometidos sean dolosos y de igual naturaleza. Esta especialidad en la reiterancia indica la habituación delictiva del agente y justifica su mayor punibilidad.

e. Sobre la ***determinación de la pena*** concreta en caso de concurrencia de circunstancias cualificadas del artículo 46º - A, con las previstas por los artículos 46º- B o 46º- C. Si concurrieran las agravantes cualificadas del artículo 46º - A (calidad de funcionario público, aprovechamiento de conocimientos privilegiados, comisión en prisión de delitos graves) con las de reincidencia o habitualidad se deberán aplicar los efectos punitivos correspondientes en la determinación de la pena concreta, por ser todas circunstancias compatibles. No obstante, la pena concreta resultante no podrá exceder de los límites contemplados por el artículo 46º A del Código Penal (de treinta y cinco años de privación de libertad).

f. ***Límites de la penalidad*** derivada de las agravantes de los artículos 46º- B y 46 - C. En coherencia con los límites punitivos fijados en los artículos 29º, 46º- A , 50º y 51º del Código Penal, *en ningún caso* la pena concreta que corresponda a la efectividad de la agravación por reincidencia o habitualidad *será de mayor de treinta y cinco años de pena privativa de libertad.* Cuando los delitos que dan lugar a tales supuestos tengan prevista pena de cadena perpetua sólo se aplicará dicha pena.

g. ***Eficacia de los antecedentes penales cancelados en los casos de reincidencia*** según los artículos 46º- B Y 69º in fine. La reforma del artículo 69º del Código Penal, sobre cancelación de antecedentes y rehabilitación inmediata, tuvo lugar mediante la Ley número 28730, del trece de mayo de dos mil seis. Esto es, cuatro días después que la Ley número 28726 que introdujo el artículo 46º B del Código Penal sobre la agravante de reincidencia. Por consiguiente, la primera de las normas citadas modificó implícitamente a la segunda. Siendo así el párrafo in fine del nuevo texto del artículo 69º, donde se dispone que: *"La reincidencia deja sin efecto la cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales, hasta el cumplimiento de la nueva pena"*, derogó el párrafo final del artículo 48º- B del Código Penal que establecía que: *"A los efectos de esta circunstancia no se computarán los antecedentes penales cancelados"*. De esta manera, pues, a partir de la vigencia de la Ley número 28730, la reincidencia es una excepción a la regla general de la rehabilitación inmediata por cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta.

Ahora bien esa excepción sólo debe ser aplicable a condenas que se hayan impuesto y cumplido con posterioridad a la ya citada reforma del numeral 69º del Código Penal. En todo caso, cuando se haya el plazo de prescripción de la reincidencia acordado en cinco años posteriores a la excarcelación (ver literal d), operará definitivamente la cancelación de los antecedentes generados por esa condena."

34

§34. Determinación de la pena máxima en leyes que introducen circunstancias agravantes sucesivas sin fijar el límite máximo de la pena conminada

Recurso de Nulidad	2860-2006-ANCASH
Fecha	25 de junio del 2007
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Jueces Supremos	Salas Gamboa, San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Príncipe Trujillo y Urbina Ganvini.
Disposiciones estudiadas	Arts. VIII del T.P., 170° y 173°.3 del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	3° y 4°

RESUMEN:

Cuando se establece el mínimo de la pena legal de un delito y se omite, a su vez, toda referencia expresa a su límite máximo, esto ***no puede llevarnos a pensar que necesariamente el extremo superior no exista y que por consiguiente se deba acudir al límite abstracto máximo.***

La solución es que éste debe corresponder al mínimo legal previsto para el grupo etareo precedente en virtud de la aplicación del principio de proporcionalidad y la coherencia interna que debe existir entre las circunstancias agravantes legalmente incorporadas.

PRECEDENTE VINCULANTE:

TERCERO: Que, ahora bien, el artículo ciento setenta y tres del Código Penal prevé la penalidad que corresponde aplicar al autor de un delito de violación de menores y establece distintas escalas penales que toman en cuenta para su mayor o menos gravedad la edad concreta del sujeto pasivo al momento de comisión del delito; que en su texto original el artículo ciento

setenta y tres del Código Penal conminaba en sus tres incisos penas de diferente duración, según el grupo etareo que se señalaba en cada uno de ellos, sin embargo, sólo consignaba el mínimo de la pena legal y omitía toda referencia expresa a su límite máximo; que, no obstante ello, tal opción legislativa –por una ineludible aplicación del principio de proporcionalidad de las penas y de coherencia y autolimitación interna entre las circunstancias agravantes legalmente incorporadas- no autoriza a concluir que el extremo superior de penalidad legal no existe y que, por ello, deba acudirse al límite general o abstracto de la pena privativa de libertad; que, por el contrario, y –como se ha expuesto precedentemente- por estrictas razones sistemáticas entre las aludidas circunstancias definidas en cada inciso del tipo legal, éste debe corresponder al mínimo legal previsto para el grupo etareo precedente; que, por consiguiente, para el inciso tercero el máximo de pena aplicable era el mínimo señalado en el inciso segundo, y para el inciso segundo el máximo legal correspondía al extremo mínimo de pena conminada establecido en el inciso primero; que en relación a este último inciso el máximo legal de la pena conminada sería el genérico que establecía el hoy suprimido artículo veintinueve del Código Penal, también en su texto original, para la pena privativa de libertad y que era de veinticinco años.

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

35

§35. Habitualidad y concurso real de delitos

Recurso de Nulidad	2479-2016-ANCASH
Fecha	04 de abril de 2017
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Prado Saldarriaga
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Salas Arenas, Príncipe Trujillo, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Arts. 50° y 46° del CP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	18° y 19°

RESUMEN:

Para efectos de la imposición de la pena concreta total, cuando se trate de un concurso real de delito, debe adicionarse todas las penas concretas parciales correspondientes a cada delito cometido, tal y como lo dispone el artículo 50 del Código Penal.

La comisión sucesiva de tres delitos configura la agravante cualificada de habitualidad, cuyos efectos punitivos regulados en el artículo 46-C no son incompatibles con los que genera el concurso real de delitos.

FUNDAMENTOS:

PRIMERO. Que el encausado RODRÍGUEZ DIESTRA, en su recurso formalizado de fojas cuatro mil setecientos cincuenta y cinco (tomo IV), alega que:

a) No existen elementos de prueba que lo vinculen con el delito imputado, pues no fue reconocido por la agraviada o testigos en rueda de personas.

b) Está acreditado que sus coencausados Romero Pérez, Chirinos Martínez, Méndez Acuña, Peralta Cueva y Simón Vargas, negaron de manera persistente conocerlo.

c) La acusada Castillo Horna (quien fue su pareja sentimental y con quien llegó a la ciudad de Huaraz) fue absuelta, a pesar de la sindicación formulada por la agraviada Rojas Caqui, quien le atribuyó supuesto reglaje en el Banco de Crédito.

d) En el registro personal no se le encontró suma de dinero alguna, menos aún en moneda norteamericana que supuestamente le sustrajeron a la agraviada. e) Respecto al delito de uso de documento falso, el Colegiado no ponderó que la licencia de conducir número D dieciocho millones sesenta mil quinientos cincuenta y siete es auténtica, conforme con la constancia emitida por la Subgerencia de Transportes de la Gerencia Regional de Transportes y Comunicaciones de La Libertad.

En consecuencia, solicita que se le absuelva de los cargos imputados.

SEGUNDO. Que la defensa técnica del imputado PÉREZ GÁLVEZ, en su recurso formalizado de fojas cuatro mil setecientos sesenta y uno (tomo IV), sostiene que en el juicio oral no se ha demostrado que su defendido haya participado en los tres hechos materia de condena (del trece, dieciséis y diecinueve de noviembre de dos mil diez), ya que si bien el agraviado Luis Enrique Carpio Ricaldi lo sindica a nivel preliminar; no obstante, no hubo ratificación en la fase de instrucción ni en el plenario. Además, tampoco se ha demostrado el uso de arma de fuego ni la preexistencia del dinero sustraído, requisito indispensable para determinar la culpabilidad en los delitos contra el patrimonio. Por lo tanto, solicita la anulación de la sentencia y se disponga la realización de un nuevo juicio oral.

TERCERO. Que el procesado CHIRINOS MARTÍNEZ, en su recurso formalizado de fojas cuatro mil setecientos sesenta y cuatro (tomo IV), alega que la sentencia infringió el debido proceso, la presunción de inocencia y la motivación de las resoluciones judiciales, porque se sustenta en la sindicación de la agraviada Rojas Caqui, la cual genera duda porque se prestó a nivel policial y no ha acreditado la preexistencia de los bienes sustraídos.

Afirma que el Colegiado aplicó erróneamente el Acuerdo Plenario número dos-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del treinta de septiembre de dos mil cinco, al no existir elementos periféricos que corroboren la sindicación de la presunta víctima. En consecuencia, solicita que se revoque la condena impuesta y se le absuelva de los cargos imputados.

CUARTO. Que el señor FISCAL DE LA PRIMERA FISCALÍA SUPERIOR PENAL DEL DISTRITO FISCAL DE ÁNCASH, en su recurso formalizado de fojas cuatro mil setecientos setenta y cuatro (tomo IV), sostiene que el Tribunal de Instancia al absolver a los procesados de los robos perpetrados contra los agraviados Consorcio JC, empresa MV Contratistas Generales Sociedad Anónima Cerrada y Mildret Rojas Caqui, no tomó en cuenta la prueba indiciaria obtenida a través del operativo policial realizado por la DIVINCRI, donde se da cuenta de la intervención de todos los encausados y de la frustración de la tentativa de robo con agravantes en perjuicio de Fermín Pedro Sánchez Espíritu.

Dicho operativo se realizó a consecuencia de las denuncias que los agraviados realizaron, quienes señalaron que los robos fueron perpetrados por varios sujetos luego de haber retirado dinero del Banco de Crédito, con el uso de armas de fuego, motocicletas y un vehículo de color azul.

QUINTO. Que en la acusación fiscal de fojas dos mil ciento ochenta y cinco (tomo II), se consignan los siguientes hechos:

1)En horas de la mañana del trece de noviembre de dos mil diez, Jhonny Santiago Colonia estacionó su vehículo en el frontis del colegio Santa Rosa, ubicado en la avenida Ramón Castilla, en Huaraz, con la finalidad de entregar la suma de treinta mil soles a su socio Luis Carpio Ricaldi, dinero que había retirado minutos antes del Banco de Crédito. Cuando ambos contaban el dinero, se presentaron cuatro sujetos provistos con armas de fuego, los encañonaron y despojaron de la suma indicada, dándose a la fuga con rumbo desconocido en dos motos lineales (una de color rojo y otra azul) que los esperaban a un costado del lugar con sus respectivos choferes. Por su parte, Luis Enrique Carpio Ricaldi reconoció a Néstor Joel Pérez Gálvez como la persona que lo encañonó con un arma de fuego en la cabeza, a la altura de la sien, en tanto otro sujeto (no presente en el acta de reconocimiento, de fojas sesenta y uno, tomo I) encañonó a Santiago Colonia a la altura de la cabeza. El encausado Pérez Gálvez fue reconocido, además, por Juan Luis Villanueva Huamán y Melvin Bernett Romero Príncipe (según actas de fojas sesenta y siete, y sesenta y nueve, tomo I, respectivamente), quienes estaban en el interior del vehículo de los agraviados, por ser trabajadores de Consorcio JC. Carpio Ricaldi reconoció (fojas setenta y cuatro, tomo I) la motocicleta lineal marca Sumoto, color azul con negro, que sirvió para que los autores del robo se dieran a la fuga.

2) Aproximadamente a las doce horas con treinta minutos, del dieciséis de noviembre de dos mil diez, Lenina Maritza Meza Villarreal y José Enrique Parias Aguilar, se dirigieron al Banco de Crédito situado en la avenida Luzuriaga, en

Huaraz, a fin de retirar dinero para el pago de proveedores y planilla de la empresa MV Contratistas Generales Sociedad Anónima Cerrada.Luego de haber retirado ciento cuatro mil ochocientos soles se dirigieron a sus oficinas ubicadas en el jirón Bautista número ochocientos sesenta y nueve (Huaraz) y cuando Lenina Meza Villarreal abría la puerta, mientras que José Enrique Parias Aguilar esperaba en la vereda, observó a un sujeto que subía de oeste a este y a otra persona que venía de frente, procediendo esta última a apuntarle con una pistola y le ordenó voltearse bajo amenaza de muerte .

A continuación, con palabras groseras le quitó la maleta donde tenía el dinero y su celular; luego, a empujones le hizo subir las gradas y lo puso de espaldas en la puerta. Por su parte, la otra persona le arrebató la cartera a Lenina Meza Villarreal y le apuntó con el arma de fuego a la altura de la frente, para luego darse a la fuga con dirección a la avenida Gamarra abordo de un automóvil de color azul con placa amarilla, que empezaba con la letra "C" (así lo a firma Meza Villarreal). Posteriormente, el uno de diciembre de dos mil diez, el agraviado Parias Aguilar reconoció plenamente a Néstor Joel Pérez Gálvez como el sujeto que el día de los hechos intervino en el robo, pues fue quien recibió la maleta con dinero arrebatado por un sujeto que tenía un arma de fuego (acta de reconocimiento de fojas sesenta y tres, tomo I).

Que si bien la agraviada Meza Villarreal no pudo reconocer a ninguno de los autores (fojas sesenta y cuatro, tomo I); no obstante, en su declaración (fojas veinticuatro, tomo I) sí reconoció el vehículo de color azul, marca Toyota de placa de rodaje número COB-ochocientos cuarenta y nueve, como el utilizado por los asaltantes

3) Cerca de las doce del mediodía, del veintinueve de noviembre de dos mil diez, Mildret Rojas Caqui se constituyó al Banco de Crédito de Huaraz, con el objetivo de retirar ocho mil dólares americanos. Una vez que realizó dicha transacción guardó el dinero en su cartera de color verde, donde también llevaba mil soles, dos celulares, tarjetas de crédito y otros documentos.

Al salir del banco se encontró con su padre, Alfredo Rojas Alvino, y con él se dirigió a comprar repuestos y filtros en una tienda ubicada frente al estadio Rosas Pampa. Mientras cotizaban precios ingresaron al establecimiento dos personas de sexo masculino, quienes los amenazaron con armas de fuego si no entregaban el dinero.

La agraviada opuso resistencia y los asaltantes la golpearon con un arma de fuego a la altura de la frente, arrebatándole su cartera, donde tenía el dinero en efectivo y demás pertenencias. La agraviada llegó a percatarse de que un sujeto

los esperaba en una moto de color rojo, en la que huyeron con dirección norte; en tanto que el dueño de la tienda, Zambrano Macedo, pudo ver una moto de color azul.

Posteriormente, la agraviada reconoció a Néstor Joel Pérez Gálvez, Manuel Jesús Chirinos Martínez, Manuel Segundo Rodríguez Diestra y Yessenia Yamileth Castillo Horna, a quien vio en el interior del Banco de Crédito, cuando ingresó y salió. Sindica además al encausado Chirinos Martínez como la persona que ingresó a la tienda con un arma de fuego (acta de fojas setenta y uno, tomo I). Reconocimiento que también efectuaron los testigos Luis Alberto Fernández Rimapa y Niltow Alberto Villalva Campos.

4) A las diez de la mañana del uno de diciembre de dos mil diez, Fermín Pedro Sánchez Espíritu se constituyó al Banco de Crédito de Huaraz, de donde retiró veinte mil soles. Luego, junto con su esposa, se dirigió a la Notaría Valerio, ubicada en la avenida Luzuriaga de esta ciudad, sin darse cuenta que era observado y seguido por Manuel Ángel Méndez Acuña.

En su manifestación policial (fojas quince, tomo I) sostuvo que en el banco había una persona canosa y con gorro de color negro, que los miraba cuando retiraba el dinero y estaba acompañado de una persona gordita, a los que vio después en el interior de la Notaría Valerio junto con otras personas.

Posteriormente identificó a ambos implicados como Manuel Segundo Rodríguez Diestra y Manuel Jesús Chirinos Martínez, respectivamente, conforme con el acta de reconocimiento (fojas sesenta y cinco, tomo I). Asegura que al PRIMERO lo vio en la notaría con una señorita que vestía en ese momento pantalón azul, zapatillas y chompa de color beis, que tenía bordado en el pecho una flor (se trataba de la acusada Yessenia Yamileth Castillo Horna).

5) En atención a las denuncias recibidas, miembros de la DIVINCRI realizaron un operativo en las oficinas del Banco de Crédito. El uno de diciembre de dos mil diez, en horas de la mañana, se percataron de la presencia de un sujeto robusto, de cabello blanco (canoso) y tez trigueña, que en actitud sospechosa miraba constantemente todas las ventanillas. Fue identificado como Manuel Segundo Rodríguez Diestra, quien se percató del retiro de dinero que realizó el agraviado Sánchez Espíritu.

Al retirarse este, también Rodríguez Diestra se levantó repentinamente, de igual manera lo hizo la persona que lo acompañaba (de contextura delgada, tez blanca y estatura baja), identificado como Manuel Ángel Méndez Acuña; ambos comenzaron a utilizar sus teléfonos celulares. El primero se dirigió al lado izquierdo del banco, perdiéndolo de vista el personal policial; mientras que

Méndez Acuña persiguió apresuradamente al agraviado Sánchez Espíritu, quien se dirigía con su esposa a la Notaría Valerio. En esos momentos aparecieron los acusados Manuel Jesús Chirinos Martínez, Néstor Joel Pérez Gálvez y Roxana Maribel Simón Vargas, quienes luego de intercambiar palabras con el imputado Méndez Acuña ingresaron a la notaría, mientras que este último se dirigió a la plaza de armas de Huaraz, seguido por un personal policial. Posteriormente, el encausado Rodríguez Diestra apareció por inmediaciones del local de Telefónica de Perú abrazado con la acusada Castillo Horna y ambos ingresaron presurosos a la notaría donde intercambiaron palabras con los demás imputados que estaban en el interior; circunstancias en que fueron capturados por personal policial de la DIVINCRI-Huaraz.

En dicha intervención se incautaron dos motocicletas, sin placas, de color azul, y un automóvil Toyota Corolla, color guinda, de placa de rodaje COF-cuatrocientos trece, con pertenencias en su interior.

6) Al ser intervenido el procesado Rodríguez Diestra, en el registro personal se le encontró entre sus pertenencias una licencia de conducir utilizada para manejar el vehículo de placa de rodaje COF-cuatrocientos trece, documento presuntamente falsificado, si se tiene en consideración que las dos motocicletas carecían de placas de identidad. No se descarta la participación de todos los acusados en la falsificación de la citada licencia de conducir, pues tienen como lugar de origen la ciudad de Trujillo, del departamento de La Libertad, y con dicho documento se trasladaron en el citado vehículo a esta ciudad.

SEXTO. Que corresponde a este Supremo Tribunal pronunciarse con relación a las impugnaciones de los condenados Manuel Segundo Rodríguez Diestra, Néstor Joel Pérez Gálvez y Manuel Jesús Chirinos Martínez; así como respecto al medio impugnativo del representante del Ministerio Público. En atención a que en este último se cuestiona la absolución de casi todos los encausados, respecto a los cuatro eventos delictivos atribuidos, corresponde resolver, en primer lugar, tal extremo de la sentencia recurrida.

SÉPTIMO. Que del análisis de autos y los términos del citado medio impugnativo, se aprecia que los jueces de la Sala Penal Liquidadora Permanente de Huaraz, de la Corte Superior de Justicia de Áncash, no realizaron la debida apreciación de los cuatro hechos atribuidos a los procesados absueltos, ni compulsaron de forma apropiada todos los elementos de prueba que obran en autos; además que tampoco realizaron diligencias importantes para establecer su inocencia o responsabilidad.

OCTAVO. Que, en efecto, el Tribunal de Instancia, para justificar la sentencia impugnada (ver fundamento jurídico cinco seis), esgrime motivación insuficiente para ratificarla. Si bien admite como probada la responsabilidad penal del sentenciado Pérez Gálvez en los tres eventos criminales (mientras que los sentenciados Chirinos Martínez y Rodríguez Diestra solo serían culpables del evento ocurrido el veintinueve de noviembre de dos mil diez) no obstante, considera que existiría duda respecto a la participación de los imputados Romero Pérez, Méndez Acuña, Peralta Cueva, Castillo Horna y Simón Vargas, sin justificar de manera individual cómo se plasmaría dicha duda en cada uno de ellos; sobretodo si se tiene en cuenta que tal decisión comprendió a la acusada Castillo Horna, contra quien existe sindicación directa de la agraviada Mildret Rojas Caqui y de los testigos Luis Alberto Fernández Rimapa y Niltow Alberto Villalva Campos (ver acta de reconocimiento físico de persona de fojas setenta y uno, tomo I, en presencia del Fiscal Provincial).

NOVENO. Que con relación a los robos perpetrados contra el Consorcio JC y la empresa MV CONTRATISTAS GENERALES SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA, no se ponderó que los acusados Romero Pérez, Chirinos Martínez, Rodríguez Diestra, Méndez Acuña, Peralta Cueva, Castillo Horna y Simón Vargas, tendrían vinculación con los sucesos criminales, porque fueron intervenidos por la autoridad policial el uno de diciembre de dos mil diez, como se advierte en la ocurrencia de calle común número trescientos treinta y nueve (tomo I); así como en el acta de reconocimiento de vehículo menor (fojas setenta y cuatro, tomo I), realizado por Luis Enrique Carpio Ricaldi, Melvin Bernett Romero Prince y Juan Luis Villanueva Huamán; y el acta de hallazgo (fojas noventa y ocho, tomo I) del vehículo de placa de rodaje COB-ochocientos cuarenta y nueve, en cuyo interior se encontró la cartera de la agraviada Lenina Martiza Meza Villarreal.

DECIMO. Que respecto a la imputación por tentativa de robo con agravantes, en perjuicio de Fermín Pedro Sánchez Espíritu, también se incurre en error (ver fundamento jurídico cinco.siete). En efecto, según los términos de la acusación fiscal el ilícito no se llegó a consumar porque la autoridad policial montó un operativo realizado por la DIVINCRI el uno de diciembre de dos mil diez, y que está descrito en la ocurrencia de calle común número trescientos treinta y nueve, de fojas tres (tomo I); el mismo que permitió esclarecer los anteriores robos. Por tanto, la conducta desplegada por los imputados Romero Pérez, Chirinos Martínez, Rodríguez Diestra, Pérez Gálvez, Méndez Acuña, Peralta Cueva, Castillo Horna y Simón Vargas, si configuraría un caso de tentativa inacabada.

DECIMOPRIMERO. Que en tal sentido, al no haberse esgrimido una adecuada motivación que justifique las absoluciones cuestionadas, se incurrió en causal de nulidad prevista en el inciso uno, del artículo doscientos noventa y ocho, del Código de Procedimientos Penales; por lo que es necesario que se lleve a cabo un nuevo juicio oral, en el que se recabarán:

a) Las declaraciones de los agraviados Fermín Pedro Sánchez, Jhonny Santiago Colonia, Luis Carpio Ricaldi, Lenina Maritza Meza Villarreal, José Enrique Parias Aguilar y Mildret Rojas Caqui, a fin de que se ratifiquen en sus declaraciones policiales e identifiquen la participación o no, de cada uno de los imputados.

b) Los testimonios de Alfredo Rojas Albino, Jaime Ricardo Zambrano Macedo, Juan Luis Villanueva Huamán, Melvin Bernett Romero Prince, Luis Alberto Fernández Rimapa y Niltow Alberto Villalva Campos, para que se ratifiquen en sus declaraciones prestadas en el transcurso del proceso.

DECIMOSEGUNDO. Que, de conformidad con lo establecido en el último párrafo, del artículo trescientos uno, del Código Adjetivo, es de rigor rescindir la sentencia en dicho extremo y disponer que en un nuevo contradictorio, dirigido por otro Colegiado, se realicen las anotadas diligencias y las demás necesarias para el esclarecimiento cabal de los hechos.

DECIMOTERCERO. Que respecto a la impugnación de los acusados Pérez Gálvez y Chirinos Martínez, se advierte que su vinculación con los robos perpetrados está acreditada con la sindicación de los agraviados Luis Enrique Carpio Ricaldi, José Enrique Parias Aguilar y Mildret Rojas Caqui (ver actas de reconocimiento físico de persona de fojas sesenta y uno, sesenta y tres, y setenta y uno, tomo I, respectivamente); que para este Supremo Tribunal constituye elemento de cargo suficiente de culpabilidad al concurrir los presupuestos (incredibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia) señalados en el fundamento jurídico decimo, del Acuerdo Plenario número dos-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del treinta de septiembre de dos mil cinco.

DECIMOCUARTO. Que el agravio común de los recurrentes es que las víctimas no habrían acreditado la preexistencia del dinero sustraído, lo que se desvirtúa plenamente con el informe (fojas mil ochenta y ocho y siguientes, tomo II) detallado de las transacciones que los agraviados realizaron en el Banco de Crédito, de la ciudad de Huaraz; por lo que las pretensiones impugnatorias de los recurrentes resultan infundadas.

DECIMOQUINTO. Finalmente, con relación al recurso de nulidad del acusado Rodríguez Diestra, se tiene que su vinculación con los delitos imputados (robo con agravantes y uso de documento falso) están acreditados suficientemente con la sindicación de la agraviada Mildret Rojas Caqui (acta de reconocimiento de fojas setenta y uno, tomo I) y el dictamen pericial de grafotecnica número cero ochenta y ocho/dos mil diez (fojas setecientos noventa y seis, tomo I), donde se concluye que la muestra incriminada, licencia de conducir número D dieciocho millones sesenta mil quinientos cincuenta y siete, a nombre de Manuel Segundo Rodríguez Diestra; es un documento falsificado, mediante el sistema técnico de impresión offset.

DECIMOSEXTO. Que los agravios propuestos por el recurrente deben considerarse argumentos de defensa, en la medida que existe incriminación directa de la víctima, que se recabó con las garantías de Ley. Por su parte, la constancia expedida por la Subgerencia de Transportes de la Gerencia Regional de Transportes y Comunicaciones de La Libertad (fojas cuatro mil setecientos sesenta, tomo IV), es un documento informativo sobre quien es el titular de la licencia de conducir, lo cual no desvirtúa el mérito probatorio de la pericia practicada sobre el documento que la contiene, que resulta ser falso. Por tanto, su pretensión impugnatoria también resulta infundada.

DECIMOSEPTIMO. Que en tal sentido, al haberse enervado la presunción de inocencia que los encausados Manuel segundo Rodríguez Diestra, Néstor Joel Pérez Gálvez y Manuel Jesús Chirinos Martínez ostentaban al inicio de la investigación judicial, de conformidad con lo establecido en el artículo doscientos ochenta y cinco, del Código de Procedimientos Penales, se infiere que dichos extremos de la sentencia impugnada se encuentran conformes a Ley.

DECIMOCTAVO. Sin perjuicio de ello, se advierten deficiencias en la dosificación de las penas impuestas a los encausados Pérez Gálvez y Rodríguez Diestra. Al respecto, cabe señalar que el Colegiado Superior, al analizar dicho aspecto (ver fundamento jurídico cinco -nueve) aplicó incorrectamente el sistema de tercios previsto en el artículo cuarenta y cinco-A, del Código Penal, al dosificar la sanción dentro del tercio intermedio, a pesar de haber señalado la concurrencia de las circunstancias agravantes, la pena conminada por cada delito, el concurso real de delitos y los antecedentes penales que registran ambos procesados (ver certificados judiciales de fojas cuatro mil quinientos veinte y cuatro mil quinientos veinticinco, tomo IV, respectivamente).

Por tanto, no tomó en cuenta que al existir un concurso real de delitos se debieron adicionar las penas concretas parciales impuestas por cada delito

integrante del concurso real, tal y como lo establece el artículo cincuenta, del Código Penal, y el Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil nueve/CJ-ciento dieciséis.

En efecto, del análisis de los cargos formulados por el delito de robo con agravantes, cuya pena conminada es no menor de doce ni mayor de veinte años, se advierte la comisión reiterada de varios delitos de esta naturaleza, con relación al acusado Pérez Gálvez. Respecto al imputado Rodríguez Diestra, se debió adicionar el delito de uso de documento falso, conminado con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de diez años y multa.

Además, no se detecta la concurrencia de circunstancias atenuantes ni causales de disminución de punibilidad que justifiquen las penas privativas de libertad de dieciséis y dieciocho años, respectivamente; por lo que correspondería incrementarlas; sin embargo, al no haberlas cuestionado el representante del Ministerio Público, este Supremo Tribunal está inhabilitado de reformarlas en virtud del principio de prohibición de reforma en peor.

DECIMONOVENO. Cabe señalar que de la lectura de los supuestos facticos delictivos atribuidos a los procesados, se advierte que estos fueron perpetrados los días trece, dieciséis y veintinueve de noviembre de dos mil diez. Por tanto, al haberse realizado tres robos con agravantes se configura la agravante cualificada de la habitualidad y de los efectos regulados en los párrafos segundo y tercero, del artículo cuarenta y seis-C, del Código Penal. La presencia de esta agravante cualificada altera el límite punitivo establecido originalmente para el tercer delito perpetrado y se construye un nuevo marco punible.

Esto último representa un incremento equivalente a una mitad sobre el máximo legal. Cabe destacar también que estos efectos han sido igualmente desarrollados en el Acuerdo Plenario número uno-dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis (Fundamento Jurídico trece, literal c). Es más, ellos no son incompatibles con la aplicación de las reglas del concurso real de delitos. No obstante, al no haber demandado el representante del Ministerio Público la aplicación de esta circunstancia agravante cualificada en su acusación escrita ni en su recurso de nulidad, le resulta vedado a este Supremo Tribunal corregir tan grave omisión.

VIGESIMO. Que al haberse establecido en esta resolución la correcta aplicación del concurso real de delitos y de la circunstancia cualificada de habitualidad, en el momento de determinarse la pena final concreta corresponde otorgar a dicha interpretación jurisprudencial el carácter de precedente vinculante en aplicación de lo autorizado por el inciso uno, del artículo trescientos uno-A, del Código de Procedimientos Penales.

36

§36. Determinación judicial de la penas conjuntas

Recurso de Nulidad	3864-2013 – JUNÍN
Fecha	8 de septiembre de 2014
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Prado Saldarriaga.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Rodriguez Tineo, Salas Arenas, Príncipe Trujillo.
Disposiciones estudiadas	Art. 38 y 296 del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	5°, 6°, 7°, 8° y 9°.

RESUMEN:

En delitos sancionados con penas conjuntas, la concurrencia de reglas de bonificación procesal, como la conclusión anticipada de la audiencia, debe proyectar sus efectos de reducción de la pena, con igual eficacia porcentual sobre todas las penas aplicables.

FUNDAMENTOS:

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

IV. GRADUACIÓN DE LAS PENAS DE MULTA E INHABILITACIÓN

QUINTO: Que pese a no ser amparables los agravios planteados por la recurrente, encontrándose habilitado este Supremo Tribunal para revisar en lo que sea favorable al imputado las sanciones impuestas, cabe señalar que la parte especial del Código Penal incorpora delitos cuya penalidad está constituida por dos o más penas principales. A esta modalidad de conminación penal se le

denomina "penas conjuntas". Su característica esencial radica en que, en estos casos, la pena concreta que se aplique al autor o participe del delito deberá incluir todas las penas principales conminadas por la Ley.

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

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

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

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

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

Luego de haberse efectuado la operación correspondiente (regla de tres simple) se tiene que la diferencia de cinco años, de los diez años de privación

de libertad y los quince años que fija la Ley como margen mínimo de punición representan el treinta y tres punto treinta y tres por ciento de reducción que el Tribunal de Instancia estableció para la pena privativa de libertad; por lo que aplicando igual escala a la pena de multa, se obtiene, finalmente, ciento diecinueve días de multa.

37

§37. Concurso real retrospectivo de delitos. Criterios para su aplicación

Recurso de Nulidad	367-2004-SANTA
Fecha	23 de febrero de 2005
Procedencia	Santa. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República
Jueces Supremos	Villa Stein, Valdez Roca, Ponce De Mar, Quintanilla Quispe y Prado Saldarriaga.
Disposiciones estudiadas	Art. 51° del CP

RESUMEN:

*El **concurso real retrospectivo** se aplica teniendo en cuenta los siguientes criterios: **a)** Para efectuar la comparación entre la pena impuesta en la sentencia y el delito recién descubierto cometido antes de ella, debe estarse a la pena conminada legalmente, sin perjuicio de tenerse presente los supuestos de eximentes, **b)** El sobreseimiento por concurso real retrospectivo no impide a la parte civil interponer una demanda en sede civil; y, **c)** En el caso de que el delito recién descubierto mereciera una pena igual a la impuesta en la sentencia condenatoria no podrá sobreseerse el proceso.*

FUNDAMENTOS:

"**CUARTO**: Que esta Sala Penal Suprema considera necesario hacer las siguientes precisiones: ***A)*** Que el denominado concurso real retrospectivo, contemplado en el artículo cincuenta y uno del Código Penal, se produce cuando los delitos que componen el concurso no han sido juzgados simultáneamente en un solo proceso. Esto es, el procesado ha sido autor de varios delitos, pero inicialmente fue juzgado y condenado sólo por uno o algunos de los delitos cometidos. De allí que al descubrirse con posterioridad a tal juzgamiento y condena los delitos restantes, ellos darán lugar a un nuevo juzgamiento. Sin embargo, tal anomalía procesal no afecta la integridad del concurso real de delitos que cometió el agente.

Por consiguiente conforme lo señala José Hurtado Pozo "... para la imposición de la pena en el denominado concurso retrospectivo se debe tener en cuenta el criterio de que no debe castigarse al agente más severamente que si se le hubiese juzgado simultáneamente por todos los delitos cometidos" (Cfr. Hurtado Pozo, José: "Manual de Derecho Penal – Parte General", segunda Edición, Editorial Eddili, Lima, mil novecientos ochenta y siete, página quinientos noventitres). ***B)*** Que con la modificación incorporada del citado artículo cincuenta y uno del Código Penal por la ley número veintiséis mil ochocientos treintidos, se estableció como excepciones a dicha consecuencia general. En primer lugar, si el delito de juzgamiento posterior merece una pena inferior a la ya impuesta en el juzgamiento inicial, se debe dictar el sobreseimiento definitivo y el archivo de la causa. En segundo lugar, si la pena conminada para el delito posteriormente descubierto fuese superior a la ya aplicada se debe realizar nuevo juicio e imponerse la nueva pena que corresponda al procesado. ***C)*** Que para la operatividad de las excepciones mencionadas se debe efectuar una comparación entre la pena concreta impuesta en la primera sentencia y la pena legal conminada para el delito recién descubierto pero cometido antes de la primera sentencia. ***D)*** Que, por otro lado, es de señalar que el texto vigente del artículo cincuentiuno tiene una finalidad práctica orientada por los principios de economía procesal y eficacia judicial frente al gasto y desgaste funcional que representa todo nuevo proceso que al estar vinculado con un concurso real de delitos demanda una sanción coherente con lo prescrito en el artículo cincuenta del Código Penal.

QUINTO: Que el derecho de la víctima a una reparación por daños y perjuicios no se afecta con el sobreseimiento que autoriza el artículo cincuentiuno y que tiene una efectividad estrictamente punitiva; por tanto tal facultad de la víctima puede ejercerse en sede civil.

SEXTO: Que, en ese contexto, es importante resaltar que en la ciudad de Arequipa, con fecha dieciséis de diciembre del año mil novecientos noventisiete, los Vocales Superiores integrantes de las Salas Penales de la República, se reunieron en sesión de Sala Plena Jurisdiccional Nacional Penal, con la finalidad de establecer criterios comunes para la aplicación de la norma penal, procesal penal y penitenciaria. Que entre los problemas jurisprudenciales sometidos a consideración del Pleno en aquélla ocasión, se encontraba la aplicación del concurso real retrospectivo, llegando a los siguientes acuerdos plenarios con relación a este tema: ***A)*** Para efectuar la comparación entre la pena impuesta en la sentencia y el delito recién descubierto cometido antes de ella, debe estarse a la pena conminada legalmente, sin perjuicio de tenerse presente los supuestos de

eximentes. ***B)*** El sobreseimiento por concurso real retrospectivo no impide a la parte civil interponer una demanda en sede civil. ***C)*** En el caso que el delito recién descubierto mereciera una pena igual a la impuesta en la sentencia condenatoria no puede sobreseerse el proceso; y ***D)*** La ley que modificó el artículo cincuentiuno del Código Penal no es inconstitucional, ya que no afecta el principio del debido proceso, el derecho a la tutela jurisdiccional, el derecho a la presunción de inocencia, ni el derecho a la igualdad de la ley." (Sic.)

38

§38. Error de tipo vencible

Recurso de nulidad	1448-2018-NACIONAL
Fecha	18 de marzo de 2019
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Príncipe Trujillo.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Figueroa Navarro, Príncipe Trujillo, Sequeiros Vargas, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Arts. 6, 14, 46 del CP.

RESUMEN:

La solicitud del procesado no se sustentó en la modificación de la norma usada para sustentar la pena impuesta, sino en argumentos que no permiten evaluar la aplicación de una pena más favorable, por lo que su pedido no es amparable.

FUNDAMENTOS:

III. De la absolución en grado

SEXTO. Es importante resaltar que la figura de la adecuación de la pena (por modificación normativa) se encuentra regulada en el artículo 6, segundo párrafo, del Código Penal, que establece que "si durante la ejecución de la sanción se dictare una ley más favorable al condenado, el Juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda, conforme a la nueva ley", de conformidad con lo previsto en el artículo 103 de la Constitución Política del Perú, que contempla el supuesto de retroactividad de la ley en materia penal solo cuando favorece al reo.

Al respecto, conviene precisar que la adecuación de pena se encuentra referida a un escenario en el cual el tipo penal aplicado para condenar al solicitante sufrió modificaciones a lo largo del tiempo, lo que conlleva aplicar

las consecuencias más recientes a hechos anteriores a estas, siempre y cuando se beneficie al reo

SÉPTIMO. Del recurso presentado por la defensa del condenado no se desprenden argumentos específicos contra la decisión de la Sala Penal Nacional de rechazar su solicitud de adecuación; solo solicitó que se adjuntaran decisiones recaídas en otros procesos (respecto a otro encausado) sin indicar la pertinencia o utilidad de ellas. No obstante, se verificó que la norma por la que se condenó a Hernando Huamán Crisanto –el inciso b del artículo 3 del Decreto Ley número 25475– registra –a la fecha– solo dos modificaciones y ninguna de ellas afectó favorablemente la situación jurídica del referido condenado, a fin de requerir la adecuación de la pena.

Así, el artículo 2 del Decreto Legislativo número 921 (del dieciocho de enero de dos mil tres) solo precisó que la pena temporal máxima para los delitos previstos en el inciso b será cinco años mayor a la pena mínima establecida en él (esto es, treinta y cinco años); mientras que el artículo 1 del Decreto Legislativo número 985 (del veintidós de julio de dos mil siete) introdujo una modalidad delictiva al referido inciso b.

Es decir, se mantuvo en treinta años la pena privativa de la libertad, como extremo mínimo.

OCTAVO. Mediante el presente recurso (foja 147), el condenado Hernando Huamán Crisanto solicitó la adecuación de la pena privativa de la libertad impuesta sobre la base de los argumentos que no se aplican necesariamente a su situación, pues se trata de otros encausados y procesos, por lo que sus circunstancias, se entiende, son distintas (no realizó ninguna precisión al respecto).

Por otro lado, solicitó que se apliquen las circunstancias atenuantes genéricas previstas en el artículo 46 del Código Penal, como la carencia de antecedentes penales y la influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible. No obstante, aun si se aplicaran dichas atenuantes[15] no tendrían repercusión alguna en la pena impuesta, ya que esta corresponde al mínimo legal previsto para el delito imputado y no se verificó alguna atenuante privilegiada que autorice la reducción por debajo del referido mínimo.

---

[15] Que fueron incorporadas mediante Ley número 30076, del trece de agosto de dos mil trece, es decir, de manera posterior a los hechos y solo como criterios de determinación de la pena con base en el sistema de tercios instaurado por la misma ley.

NOVENO. Así, se verifica que ninguno de los argumentos usados para solicitar su pena (o sustentar su presente recurso) se encuentra regulado para la adecuación de pena, pues no se cuestiona alguna modificación que mejorara las consecuencias del tipo penal por el que fue condenado. Por ello, al no cumplir con el objeto procesal que lo condiciona, se deberá rechazar el recurso planteado.

39

§39. Determinación judicial de la pena

Recurso de nulidad	760-2018-APURÍMAC
Fecha	3 de diciembre de 2018
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Quintanilla Chacón.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Barrios Alvarado, Sequeiros Vargas, Chávez Mella, Bermejo Ríos.
Disposiciones estudiadas	Art. 22, 45 y 46 del CP.

RESUMEN:

No obstante todo lo acotado, este Supremo Tribunal, desde la perspectiva sustancial del principio de proporcionalidad de la pena, considera que la sanción impuesta de cinco años de privación de libertad no resulta acorde con el delito juzgado, pues resulta demasiado benigna, por lo que, al no concurrir otra circunstancia cualificada de atenuación, la sanción debe ser incrementada.

FUNDAMENTOS:

3. Consideraciones del Tribunal Supremo

TERCERO. Este Supremo Colegiado, como órgano revisor, se encuentra regido por el principio tantum *devolutum quantum apellatum*[16], en virtud del cual su ámbito de pronunciamiento se encuentra definido y delimitado por la expresión de agravios del impugnante. En tal sentido, ninguna discusión entraña la materialidad del delito de violación sexual de menor de edad, en perjuicio de

---

16 Locución latina que significa "tanto apelo, tanto devuelvo".

la menor de iniciales M. A. A. T., y la responsabilidad del sentenciado Jonathan Florez Flores, en razón de que la única parte recurrente es el representante del Ministerio Público en el extremo de la pena impuesta al inculpado, por lo que dicha pretensión impugnatoria configura el marco a tener en cuenta para resolver el presente recurso.

CUARTO. Criterios jurídicos a considerar

4.1. La pena prevista para el delito de violación sexual de menor, si la víctima tiene entre diez a menos de catorce años de edad, de conformidad con el inciso dos del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, es no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años como pena base. Extremo mínimo que fue solicitado por el representante del Ministerio Público en su acusación escrita de foja doscientos cuarenta. No obstante, al encartado le fue impuesta la pena de cinco años de privación de libertad efectiva.

4.2. El artículo veintidós del código sustantivo, modificado por la Ley número veintisiete mil veinticuatro, regula la responsabilidad restringida por la edad del imputado, estableciendo que podrá reconducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años de edad, o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la infracción. Y en el segundo párrafo señala que está excluido el agente que haya incurrido, entre otros, en el delito de violación de la libertad sexual.

4.3. Los artículos cuarenta y cinco, y cuarenta y seis del citado código señalan las circunstancias que deben contemplarse para determinar la pena.

4.4. El derecho a la igualdad ante la ley se encuentra regulado en el inciso dos del artículo dos de la Constitución Política del Estado.

4.5. El régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, tal como establece el inciso veintidós del artículo ciento treinta y nueve de la Carta Magna.

4.6. La atribución de los magistrados al realizar el control difuso constitucional de una norma se estableció en el artículo ciento treinta y ocho de la Constitución y el artículo veintidós de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

4.7. El Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis, del dieciocho de julio de dos mil ocho, desarrolló la imputabilidad restringida por razón de la edad y se refirió al control difuso en los casos

de los delitos de violación de la libertad sexual al colisionar el segundo párrafo del artículo veintidós del Código Penal con el principio-derecho fundamental de igualdad ante la ley.

4.8. En la sentencia recaída en el Expediente número mil ochocientos once-dos mil once-PHC/TC, del dieciséis de agosto de dos mil once, el Tribunal Constitucional recalcó como sentencia paradigmática en materia de control difuso el fundamento trece de la sentencia recaída en el Expediente número mil ciento veinticuatro-ciento once-AA/TC, y expresó los presupuestos para la aplicación del control difuso por parte de los jueces: a) en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional; b) la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia; y c) la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Carta Magna, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Por ende, tales presupuestos son una exigencia que deberá verificar todo juez a efectos de ejercer el control difuso válidamente.

4.9. El artículo catorce del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que, al inaplicarse una norma legal, esta deberá ser elevada en consulta a la Sala Constitucional de la Corte Suprema, en caso de no ser impugnada.

QUINTO. Análisis del caso en particular: aplicación del control difuso para la reducción de la pena

5.1. Los agravios formulados por el representante del Ministerio Público están referidos a la determinación judicial de la pena impuesta al sentenciado Florez Flores; pues, pese a que el legislador exceptuó el empleo de la responsabilidad restringida respecto al agente que cometiera, entre otros, el delito de violación sexual, el Órgano Superior hizo uso del control difuso de la norma penal y le impuso una pena demasiado benigna, por debajo del mínimo legal.

5.2. Dicho tema fue abordado en el Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis, del dieciocho de julio de dos mil ocho, en el que se indicó que los jueces penales se encuentran plenamente habilitados a

pronunciarse, si así lo juzgan conveniente, por la inaplicación del segundo párrafo del articulo veintidós del Código Penal, si estiman que dicha norma introduce una discriminación –desigualdad de trato, irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente– que impide un resultado jurídico legítimo.

5.3. Entre el primer y el segundo párrafo del citado artículo, se advierte entonces que existe evidente incompatibilidad entre la norma constitucional y la norma penal, ya que dicho postulado introduce una discriminación y desigualdad de trato, irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente que impide un resultado jurídico legítimo, vulnerando el derecho fundamental de igualdad ante la ley, garantía que opera cuando varios supuestos de hecho previstos en las normas reciben un trato distinto, a pesar de que contienen similares características.

5.4. El tratamiento punitivo de los denominados "jóvenes delincuentes" que el Código Penal sitúa entre los dieciocho y menos de veintiún años de edad se justifica razonablemente en que el individuo a esa edad aún no alcanza la plena madurez, por lo que no se les considera titulares de una capacidad plena para actuar culpablemente; y, por ende, se les distingue para aplicarles una tratamiento sancionador especial.

5.5. Por ello, esta Suprema Instancia coincide en el uso de la atribución del control difuso establecido por el artículo ciento treinta y ocho de la Constitución Política del Estado, para resolver con arreglo a la norma de mayor rango y, por tanto, aplicar plenamente y sin excepciones el primer párrafo del artículo veintidós del código sustantivo, que autoriza la reducción prudencial de la pena cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años de edad.

5.6. En el presente caso, el Colegiado Superior expidió la sentencia de cuyos fundamentos expuestos se advierte que se encuentra suficientemente motivada la inaplicación del segundo párrafo del artículo en mención, debido a que en la fecha del suceso el sentenciado tenía diecinueve años con cinco meses de edad (y la menor, trece años con un mes de edad, quien era su pareja sentimental al momento del suceso ilícito). Por tanto, no había alcanzado la suficiente madurez como para internalizar la gravedad de su conducta y conducirse de otro modo, por lo que lo consideraron agente de responsabilidad restringida, más allá de la prohibición de la norma penal citada, que fue inaplicada en la medida en que dicha prohibición colisiona con el derecho a la igualdad ante la ley.

A ello se aúnan los argumentos jurídicos y fácticos explícitamente expuestos por el Órgano Superior en el quinto considerando de la sentencia venida en grado.

5.7. No obstante todo lo acotado, este Supremo Tribunal, desde la perspectiva sustancial del principio de proporcionalidad de las penas, considera que la sanción impuesta de cinco años de pena privativa de libertad no resulta acorde con el delito juzgado, pues resulta demasiado benigna, por lo que, al no concurrir otra circunstancia cualificada de atenuación, la sanción debe ser incrementada a doce años de pena privativa de libertad, es decir, dentro del intervalo mínimo del tercio medio desarrollado por la Superior Sala en el numeral nueve del quinto considerando de la recurrida.

40

§40. Problemas Concursales en los Delitos de Trata de Personas y delitos de Explotación Sexual

Acuerdo Plenario	06-2019/CIJ-116
Fecha	10 de setiembre de 2019
Procedencia	Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República. XI Pleno Jurisdiccional.
Ponentes	San Martín Castro, Neyra Flores, Sequeiros Vargas, Chávez Mella y Castañeda Espinoza.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Figueroa Navarro, Balladares Aparicio, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Castañeda Espinoza, Núñez Julca, Castañeda Otsu, Sequeiros Vargas, Pacheco Huancas, Guerrero López, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Art. 116 TUO de Ley Orgánica del Poder Judicial

RESUMEN:

Los problemas concursales con los delitos de explotación en sus diversas modalidades presentan ciertas características: a) involucra a una variedad de víctimas, independientemente de su sexo, edad, nacionalidad u condición social; b) implica diversas conductas progresivas; c) no se requiere que el traslado sea transfronterizo o regional; d) no debe confundirse con el tráfico de migrantes, cuya finalidad es trasladar con una finalidad lucrativa a las personas, pero distinta a la finalidad de explotación de la víctima, en el caso de la trata; e) no se requiere movimiento de la zona de actividades; f) no siempre está vinculado a una banda u organización criminal; sino a comportamientos aislados y circunstanciales –no estables–; g) si bien los actos de trata son normalmente previos a los actos de explotación, pueden coexistir independientemente con estos –el sujeto activo puede retener a la víctima y al mismo tiempo explotarla–; h) la gran mayoría de las víctimas de trata de personas en nuestro país son mujeres y menores de edad.

Se configuraría un supuesto de concurso real heterogéneo entre el delito de trata de persona y los delitos de explotación sexual. En este sentido, es posible el concurso real entre el supuesto del delito de trata de personas y los delitos de explotación sexual en sus diversas modalidades.

Es factible que el delito de explotación sexual, cometido claro está por el mismo individuo del delito de trata pueda realizarlo aprovechando una situación de vulnerabilidad, como la discapacidad, enfermedad grave u otra situación de vulnerabilidad –como es el caso del delito de promoción o favorecimiento de la explotación sexual, artículo 183-D–.

FUNDAMENTOS VINCULANTES:

§ 3. TRATA DE PERSONAS: RASGOS TÍPICOS ESENCIALES

22.° De los alcances típicos reseñados pueden sacarse algunas conclusiones que tendrán incidencia en la resolución de los problemas concursales con los delitos de explotación en sus diversas modalidades: a) involucra a una variedad de víctimas, independientemente de su sexo, edad, nacionalidad u condición social; b) implica diversas conductas progresivas, que no necesariamente deben concurrir secuencialmente para la configuración de la trata; c) no se requiere que el traslado sea transfronterizo o regional, pues basta con comprobar el desarraigo de la víctima en sentido amplio que puede verificarse incluso en el mismo lugar de residencia; d) no debe confundirse con el tráfico de migrantes, cuya finalidad es trasladar con una finalidad lucrativa a las personas, pero distinta a la finalidad de explotación de la víctima, en el caso de la trata; e) no se requiere movimiento de la zona de actividades; f) no siempre está vinculado a una banda u organización criminal; sino a comportamientos aislados y circunstanciales –no estables–; g) si bien los actos de trata son normalmente previos a los actos de explotación , pueden coexistir independientemente con estos –el sujeto activo puede retener a la víctima y al mismo tiempo explotarla–; h) la gran mayoría de las víctimas de trata de personas en nuestro país son mujeres y menores de edad.

§.4 TRATA DE PERSONAS Y EXPLOTACIÓN SEXUAL AGRAVADA DERIVADA DE LA TRATA

23. Teniendo en cuenta las características esenciales del delito de trata de personas, explicadas precedentemente, es posible considerar su concurrencia con las diversas modalidades de explotación sexual. Para dilucidar las posibles salidas interpretativas es de partir de las siguientes premisas: a) que el juicio de tipicidad se haga respecto de la misma persona; b) que la víctima igualmente sea la misma; c) que sea necesario determinar si el objeto de imputación corresponde a la misma acción o no, en sentido normativo; y, d) que la acción u acciones se adecuen al tipo penal de trata de personas y/o a un supuesto de explotación sexual.

24. En principio es posible considerar la posibilidad que el sujeto activo de alguna de las modalidades de trata pueda ulterior o simultáneamente realizar los delitos de explotación agravados porque el acto se deriva de una situación de trata de personas y/o el agente actúa como integrante de una organización criminal o banda criminal. Tratándose del mismo sujeto activo debe señalarse que la conducta de trata es independiente de las conductas de explotación. Si bien las modalidades típicas de trata de personas, desde la captación hasta la acogida, son normalmente previas a la concreción de la finalidad –la explotación de la víctima–, el contenido de injusto es distinto al de la explotación misma. Desde una perspectiva normativa no puede equipararse este supuesto, por ejemplo, con el de las lesiones de necesidad mortal que es absorbida por el resultado muerte de la víctima. Los actos de explotación, en sus diversas modalidades se independizan de las modalidades de trata, no solo por el momento diverso en que se produce, sino por el contenido de injusto determinable en función de la vulneración del bien jurídico –dignidad de la persona–, distinto del de la modalidad de explotación.

25. No se trata de un concurso medial pues este se configura cuando el delito precedente –trata de personas– es un medio necesario para la comisión de otro –delito de explotación en cualquiera de sus modalidades–. Como hemos visto y como puede deducirse de la redacción de los tipos penales de explotación sexual, no siempre estos delitos se derivan ineluctablemente de un delito de trata de personas.

Una persona puede haberse iniciado en la actividad de la prostitución voluntariamente y posteriormente ser explotada, mediante violencia, amenaza u otro medio. En el caso que el sujeto activo de la explotación sexual retuviese a la víctima mediante cualquiera de los medios calificados para la trata –violencia o amenaza, uso de drogas o alcohol, aislamiento– para explotarla sexualmente, su conducta de retención no es absorbida por la conducta de la explotación sexual. El uso de los medios para evitar que la víctima se vaya es diferente al uso de los medios para explotarla.

26. Así las cosas, se configuraría un supuesto de concurso real heterogéneo entre el delito de trata de persona y los delitos de explotación sexual. En este sentido, es posible el concurso real entre el supuesto del delito de trata de personas y los delitos de explotación sexual en sus diversas modalidades. Para efecto de la determinación de la pena, ha de regularse bajo los parámetros del artículo 50 del Código Penal; esto es, sumar las penas que corresponden a las acciones independientes, considerando como criterio de medición el extremo de la pena para el delito más grave hasta el doble, sin exceder el límite de 35 años de privación de libertad.

27. Ahora bien, pueden presentarse, entre otros, los siguientes supuestos concursales: a) si la víctima es mayor de edad, el concurso entre trata de personas simple y explotación sexual –por ejemplo, artículo 153 B–, el marco punitivo se determina por la pena conminada más grave –quince años prevista para ambos delitos–, a la que se le suma hasta quince años más; b) si la víctima de trata tenía entre catorce y dieciocho años de edad, el marco punitivo básico se determina en función de la pena de veinte años –pena más grave prevista para la trata– a la que se adiciona hasta quince años, por el delito de explotación; c) si la víctima de trata tenía menos de catorce años de edad, a la fecha de comisión del delito, y es explotada dentro de este rango etario, se fija en función de la pena más grave, hasta treinta y cinco años –por ejemplo, en el delito de favorecimiento de la explotación sexual de niños, artículo 181-A.10, cuya pena conminada es treinta y cinco años–.

28. Ahora bien, en siete delitos de explotación sexual se incorpora como circunstancia agravante el que el delito se derive de una situación de trata de personas. Son los casos de los delitos previstos en los artículos

153-B, 153-D, 153-G, 153-H, 153-I, 153-J y 181-A. En estos casos no se podría aplicar la pena del concurso entre el delito de trata de personas y la circunstancia que agrava la explotación sexual derivada de la trata de persona, pues se estaría valorando doblemente el mismo injusto –la trata de personas–.

§ 5. Trata de persona y explotación sexual agravada por el contexto de banda u organización criminal

30. En estos casos, estamos en general en los mismos supuestos de concurso real heterogéneo entre el delito de trata de persona y los delitos de explotación sexual. El matiz diferenciador con relación al caso anterior es que la organización criminal o banda, de la que el tratante y luego explotador es miembro, realiza ambas conductas bajo la cobertura y en nombre de la banda u organización criminal. Sin embargo, en los doce supuestos típicos de explotación, en los que se prevé la circunstancia agravante de la condición de integrante de una organización criminal o banda, deben diferenciarse los siguientes supuestos: a) si el sujeto activo cometió el delito de trata individualmente, pero realiza la conducta de explotación sexual –por ejemplo rufianismo, artículo 180–, como integrante de una organización criminal, se fija como marco punitivo, la pena más grave; esto es quince, veinte y veinticinco años según se trate de niño, adolescente o adulto, respectivamente, a la que se adiciona la pena para el delito de rufianismo agravado, hasta treinta y cinco años como máximo; b) si el agente cometió el delito de trata y el de explotación sexual –por ejemplo, pornografía infantil, artículo 183-A–, como integrante de una banda u organización criminal, se fija la pena más grave de veinte o veinticinco años –correspondiente al delito de trata de personas adolescentes o niños respectivamente–, a la que se adiciona la pena del delito de pornografía infantil simple hasta diez años –pena conminada para este delito–; c) en estos casos no se podría aplicar la pena del concurso entre el delito de trata de personas y la circunstancia que agrava la explotación sexual, derivada de la condición de integrante de la organización criminal o banda criminal, pues se estaría valorando doblemente el mismo injusto –comisión como integrante de una organización o banda–.

§ 6. Trata de persona y explotación sexual con agravantes similares a los medios de trata

31. Es factible que el delito de explotación sexual, cometido claro está por el mismo individuo del delito de trata pueda realizarlo aprovechando una situación de vulnerabilidad, como la discapacidad, enfermedad grave u otra situación de vulnerabilidad –como es el caso del delito de promoción o favorecimiento de la explotación sexual, artículo 183-D–. Si no concurriese otra circunstancia agravante deberá calcularse la pena en función de la pena más grave, que en este supuesto es la misma para el delito de trata simple de mayores de edad y el delito de explotación básica: quince años. A esta pena se adiciona hasta quince años. En el caso de la trata de adolescentes, se fija la pena de veinte años –correspondiente a la pena trata de personas– a la que se adiciona hasta treinta y cinco años. En estos casos no se podría aplicar la pena del concurso entre el delito de trata de personas –con abuso de la situación de vulnerabilidad– y la circunstancia que agrava la explotación sexual derivada del abuso de la situación de vulnerabilidad de la víctima explotada, pues se estaría valorando doblemente el mismo injusto –presencia de la situación de vulnerabilidad–. Debe procederse bajo el mismo parámetro valorativo en los casos en los que se agrava la conducta de explotación por el abuso de una condición de superioridad, control o poder sobre la víctima y en el que este ha sido el medio para la comisión de la trata de persona mayor de edad.

§ 7. Promotores, favorecedores, financistas o facilitadores de la trata y de la explotación sexual

32. Es probable que se presenten casos en los que los promotores, favorecedores, financistas o facilitadores de la trata de personas puedan tener igual o similar condición de los delitos de explotación sexual, en cualquiera de sus modalidades –por ejemplo, promoción o favorecimiento de la explotación sexual de niños, artículo 181-A, o promoción de la pornografía infantil con la víctima tratada, artículo 183-A–. El criterio de base debe ser el mismo, en el sentido que si bien estas conductas de favorecimiento, promoción, financiación o facilitación son similares en ambos delitos, no corresponden al mismo suceso fáctico, entendido desde una perspectiva normativa.

Por tanto, la determinación de la relación concursal no podría ser abordada como si los actos promotores, facilitadores, favorecedores o de financiación de la trata de personas fuesen delitos de resultado cortado o como si fuesen de carácter medial. En el primer caso, la conducta de promoción de la trata no tiene como consecuencia esperada la conducta de promoción de la pornografía infantil de la víctima tratada. En el segundo caso, se descarta el concurso medial pues no estamos ante una sola conducta –la promoción de la trata– que conduzca necesariamente a la promoción de la explotación sexual. Ergo, las conductas de trata en sus diversas modalidades constituyen por lo general acciones –delitos– independientes de los actos de explotación sexual si se concretan en la realidad, por lo que la determinación de la pena debe resolverse conforme a las reglas del concurso real de delitos.

41

§41. Interés superior del niño: Causal de disminución de la punibilidad supra legal

Recurso de nulidad	761-2018-APURÍMAC
Fecha	28 de mayo de 2018
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Sequeiros Vargas.
Disposiciones estudiadas	Art. 45 del CP

RESUMEN:

El superior interés del niño, en tanto la pena privativa de libertad efectiva afecta la unidad familiar y reprime a quien lo mantiene, se erige como una causal de disminución de la punibilidad supra-legal. En la medida en que el Código Penal no la incorporó como tal, el ordenamiento contempló la necesidad de tomar en cuenta el interés superior del niño, de suerte que esta exigencia convencional no puede obviarse desde el Derecho Penal, por lo que debe ser aplicada precisamente en este ámbito de medición de la pena. La culpabilidad por el hecho se disminuye sensiblemente en este supuesto, lo que debe operar por debajo del mínimo de la punibilidad legalmente establecida para el hecho punible o su autor.

FUNDAMENTOS:

3. Del examen de la pretensión defensiva

TERCERO. Que el encausado López Huamán desde que declaró en sede preliminar [fojas doce] y en todo el curso del proceso jurisdiccional [instructiva

de fojas ciento veinticinco y declaración plenarial de fojas cuatrocientos cuarenta] reconoció que de mutuo acuerdo tuvo relaciones sexuales con la agraviada porque era su enamorada.

La agraviada A.C.P. en su declaración plenarial de fojas cuatarocientos sesenta y siete insistió en que se trató de sexo voluntario, que desde que estuvo embarazada en dos mil trece inició una relación de convivencia con el imputado, y que con él ya tiene dos hijos.

La relación de convivencia se confirma con el mérito del Informe Social de fojas cuatrocientos noventa y cuatro. Allí se indicó que el encausado y la agraviada mantienen una convivencia estable con dinámica funcional y redes de soporte familiar –tienen dos menores hijos-, y es el imputado quien asume la responsabilidad económica, a cuyo efecto trabaja como taxista.

CUARTO. Que, ahora bien, no está en discusión el juicio de culpabilidad –comisión del injusto penal culpable- sino el de medición de la pena; luego, en virtud del principio devolutivo parcial en materia impugnativa, solo es pertinente un análisis sobre este último objeto.

1. Los criterios de determinación de la pena, desde el espacio punitivo fijado por el tipo penal, están desarrollados, básicamente, por los artículos 45, 45-A y 46 del Código Penal, a partir d elos cuales se hace uso del principio de proporcionalidad, en tanto garantía constitucional, de carácter transversal, anclada en cada derecho fundamental –la libertad personal en este caso- que guía en el ámbito de restricción del mismo. A esta pauta legal, de los preceptos del Código Penal, sin embargo, corresponde igualmente determinar si se presentan circusntancias atenuantes privilegiadas –que no han sido recogidas positivamente en nuestra legislación-, causales de disminución de la punibilidad y/o reglas de reducción de la pena por bonificación procesal, en cuyo caso será posible la imposición de una pena por debajo del mínimo legal.

2. El literal c) del artículo 45 del Código Penal impone como criterio de fundamentación y determinación de la pena tomar en cuenta: "*Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan...*". En el presente caso es especialmente relevante que imputado y agraviada ya forman una efectiva unidad familiar y que tienen dos hijos menores de edad, que están bajo la dependencia económica del primero, el cual cumple con sus obligaciones de padre. En esta misma línea, se tiene un principio básico del derecho del niño (artículo 3, apartado 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño, de veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve), consagrado internacionalmente, que importa que cuando sus derechos están comprometidos debe tomarse en

cuenta sus intereses superiores: "*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen* [...] *los tribunales* [...], *una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*".

3. El imputado está incurso en la regla de reducción de la pena por bonificación procesal de confesión sincera –la complejidad de la causa se enervó por su propia admisión y la colaboración que mantuvo con la justicia-. Concretada en una disminución de la pena "...*a límites inferiores al mínimo legal* [...]". En consecuencia, corresponde invocar el artículo 136 del Código de Procedimientos Penales –no es de aplicación el artículo 161 del Código Procesal Penal porque entró en vigor en los casos del Código de Procedimientos Penales a partir de la Ley número 30076, de diecinueve de agosto de dos mil trece-. De otro lado, es de atender a lo resuelto por el Acuerdo Plenario número 4-2016/CIJ-116, de cuatro de junio de dos mil diecisiete, que no acepta limitaciones o exclusiones a la aplicación de la institución de la confesión sincera.

4. El superior interés del niño, en tanto la pena privativa de libertad efectiva afecta la unidad familiar y reprime a quien lo mantiene y protege –este hecho se ha probado más allá de toda duda razonable, que es lo que debe cumplirse en estos casos en aras de su viabilidad legal- se erige, por consiguiente, en una causal de disminución de la punibilidad supra-legal. En efecto, en la medida en que el código Penal no la incorporó como tal, el ordenamientocontempló la necesidad de tomar en cuenta el interés superior del niño, de suerte que esta exigencia convencional no puede obviarse desde el Derecho penal, por lo que debe ser aplicada precisamente en este ámbito de medición de la penal. La culpabilidad

C. REFUNDICIÓN DE PENAS

42

§42. Refundición de penas en concurso real retrospectivo

Recurso de Nulidad	4052-2004-AYACUCHO
Fecha	10 de febrero de 2005
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República
Jueces Supremos	San Martín Castro, Palacios Villar, Quintanilla Chacón, Lecaros Cornejo y Molina Ordóñez.
Derecho Penal	Refundición de penas en concurso real retrospectivo.
Disposiciones estudiadas	Arts. 48° y 50° del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	4° y 5°

RESUMEN:

*La aplicación del **concurso real retrospectivo** en el caso de **juzgamientos sucesivos** trae como consecuencia la **aplicación de una sola pena que sea proporcional a la responsabilidad del agente**; lo que no necesariamente significa que la pena mayor absorba a la pena menor, sino que el criterio rector lo establece en concordancia con los artículos cincuenta y cuarenta y ocho del Código Penal.*

FUNDAMENTOS:

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

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

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

D. CONVERSIÓN DE LA PENA

43

§43. Improcedencia de la conversión de las penas luego de la emisión de sentencia condenatoria

Casación	382-2012- LA LIBERTAD
Fecha	17 de octubre de 2013
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Villa Stein, Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 52° del CP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	3° considerando

RESUMEN:

La conversión de la pena es una medida alternativa a la pena privativa de libertad de corta duración que efectúa el juez al momento de citar sentencia y luego de descartar la procedencia de la suspensión de ejecución o reserva del fallo condenatorio y no en la etapa de ejecución de la sentencia. Y, la libertada anticipada constituye una institución de naturaleza procesal solo citado en la norma y no desarrollado por el legislador, no siendo correcto inferir del inciso tres del artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal, su estructura, presupuestos operatividad y efectos que permitan la aplicación de esta medida. En el caso planteado se utilizó el pedido de libertad anticipada como argumento para impugnar la revocatoria de la suspensión de la ejecución de pena que quedó consentida por haber sido ejecutoriada.

FUNDAMENTOS:

III. DEL MOTIVO CASACIONAL. PARA EL DESARROLLO DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

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

A. Sobre la conversión de la pena

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

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

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

4. El artículo cincuenta y dos del Código Penal es el marco normativo en el cual reposa la conversión de la pena privativa de libertad, precisando dicha norma que en los casos que no fuera procedente la

condena condicional o la reserva del fallo condenatorio, el juez podrá convertir la pena privativa de libertad no mayor de dos años en otra de multa, o la pena privativa de libertad no mayor de cuatro años en otra de prestación de servicios a la comunidad, o limitación de días libres, a razón de un día de privación de libertad por día de multa, siete días de privación de libertad por una jornada de prestación de servicios a la comunidad o por una jornada de limitación de días libres.

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

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

B. El momento de la conversión de la pena

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

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

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

4. Existe una duda válida, que tiene trascendentales efectos prácticos, en torno al momento de aplicación del instituto de conversión de pena. Al respecto, existen dos posturas que sintetizan el estado actual. Una primera postura considera que la medida alternativa de conversión de pena solamente opera durante la expedición de la sentencia, la emisión de la sentencia es realizada a través de un pronunciamiento jurisdiccional. El efecto principal de optar por esta postura es que no pueda ser ejercida nuevamente con la finalidad de desnaturalizar los otros sustitutos alternativos de la pena. Una segunda postura considera que opera también en la fase de ejecución de sentencia. Esta postura señala que apelando a una interpretación sistemática de "todo el capítulo de la conversión de la pena", lleva a la otra conclusión

también jurídica válida y justa, de que su aplicación puede hacerse en fase de ejecución de sentencia; toda vez que el Código Penal no ha contemplado en forma expresa la conversión de penas en la etapa de ejecución, sin embargo, tampoco está prohibida.

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

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

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

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

C. La libertad anticipada

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

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

3. El artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal en sus respectivos incisos, lo que está haciendo es enumerar las respectivas incidencias [conversión y revocación de la conversión de penas, revocación de la suspensión de la ejecución de la pena y de la reserva del fallo condenatorio, y a la extinción o vencimiento de la pena] que modifican una sentencia en ejecución. Por ello, cuando la norma procesal hace la distinción entre libertad anticipada y beneficios penitenciarios, es una de género a especie, donde la libertad anticipada no es otra cosa que la consecuencia o efecto de la aplicación de un beneficio de semilibertad o liberación condicional.

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

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

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

E. SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

44

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

Recurso de Nulidad	2476-2005-LAMBAYEQUE
Fecha	20 de abril de 2006
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República
Jueces Supremos	Sivina Hurtado, San Martín Castro, Valdez Roca, Lecaros Cornejo y Calderón Castillo.
Disposiciones estudiadas	Arts. 57°, 61° y 69° del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	4° al 7°

RESUMEN:

*La **sentencia condenatoria se cumplirá aunque se interponga recurso de nulidad** -salvo los casos en que la pena sea la de internamiento, relegación, penitenciaría o expatriación- por lo que se considera que la impugnación contra una sentencia condenatoria no es suspensiva, sino que se ejecuta provisionalmente conforme a sus propios términos. Así, lo que se suspende es la ejecución de la pena privativa de libertad, **sin que la suspensión se extienda a las demás penas principales y accesorias y, menos, a la reparación civil**, que ni siquiera es considerada una pena.*

Es por ello que deberá instarse el cumplimiento de las reglas de conducta, las penas que no son objeto de suspensión y el pago de la reparación civil, en tanto que para tales cometidos la competencia del órgano jurisdiccional de ejecución no está suspendida.

FUNDAMENTOS:

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

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

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

SEXTO: Que este entendimiento del artículo sesenta y uno del Código acotado es independiente y no se opone a lo dispuesto por el artículo cincuenta y nueve del mismo Cuerpo de Leyes, que autoriza al órgano jurisdiccional que ante el incumplimiento de las reglas de conducta, pueda amonestar al infractor, prorrogar el período de suspensión o revocar la suspensión de la pena; que, por otro lado, la inaplicación del artículo sesenta y uno del Código Penal porque se infringió las reglas de conducta no significa que el imputado siempre tendrá inscrita la sentencia, sino únicamente que no opera esta causa excepcional de extinción de la responsabilidad penal; que, al respecto, juristas como PRATS CANUT sostienen que la remisión de la pena [o en nuestro caso, de tener por no pronunciada la condena] importa una forma específica de rehabilitación diferente de la normal fijada en el Código Penal [Autores Varios: *Comentarios al Código Penal.* Tomo I. Editorial Aranzadi. Navarra.1976 pp. 472], por lo que quienes se encuentren en esa situación tendrán que someterse a lo dispuesto en las reglas generales de la rehabilitación previstas en el artículo sesenta y nueve del Código Penal, con la obvia aclaración que vencido el plazo de prueba cesa la posibilidad de amonestaciones, éste ya no podrá prorrogarse, ni tampoco podrá ser revocada la pena privativa de libertad suspendida, y sólo tendrán que cumplirse aquellas reglas de conducta que importen la reparación efectiva del daño (artículo cincuenta y ocho inciso cuatro del Código Penal), salvo desde luego que opere la prescripción de la ejecución de la pena.

SÉPTIMO: Que, finalmente, es de aclarar que, conforme a lo dispuesto en el artículo cincuenta y siete del Código Sustantivo y al propio título de la institución, lo que se suspende es la ejecución de la pena privativa de libertad, de suerte que sus efectos sólo están referidos a esa pena [aún cuando también se la denomine condena condicional -artículo cincuenta y ocho del Código Penal-, se trata, como afirma HURTADO POZO de una modalidad de ejecución de la pena y, si se tiene en cuenta sus fines, constituye un medio para resocializar al condenado: *Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo*, Anuario de Derecho Penal noventa y siete / noventa y ocho, Lima, mil novecientos noventa y nueve, pp.

237]; que, por tanto, ***la suspensión no se extiende a las demás penas principales y accesorias y, menos, a la reparación civil*** -esta última, como es obvio, no es una pena ni está dentro de los límites del *ius puniendi* del Estado, e incluso las reglas de prescripción en orden a su ejecución están normadas en el artículo dos mil uno del Código Civil-; que, en tal virtud, aún cuando fuera procedente el artículo sesenta y uno del Código Penal y, en su caso, la rehabilitación prevista en el artículo sesenta y nueve del Código Penal, ello no obsta a que el condenado deba pagar la reparación civil, pues lo contrario importaría una lesión directa al derecho de la víctima a la reparación y un atentado clarísimo a su derecho a la tutela jurisdiccional, incluso dejándola en indefensión material; que tener por no pronunciada la condena, según estatuye el artículo sesenta y uno del Código Penal, no puede significar entonces que igualmente se extingan las penas no suspendidas y, menos, la exigencia del pago de la reparación civil, por lo que en tal supuesto la orden judicial sólo debe comprender la desaparición de la condena impuesta a una pena privativa de libertad -con la consiguiente anulación de los antecedentes en ese extremo-, quedando subsistente -si es que no se han cumplido- las demás penas principales o accesorias y, particularmente, la reparación civil –como aclaran ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, el cumplimiento de la condición no hace desaparecer el acto jurisdiccional, sino sólo la condenación a la pena de prisión [Derecho Penal – Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires, dos mil, pagina novecientos veinticuatro]-." (Sic.)

45

§45. Aplicación de sanciones por incumplimiento de reglas de conducta

Casación	656-2014-ICA
Fecha	18 de mayo de 2015
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 59° del CP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	12° al 15°

RESUMEN:

Los efectos que se prevén en el artículo 59 del Código Penal para el caso de incumplimiento de reglas de conducta, se aplicarán según sea el caso. El Juez motivará que efecto se genera caso por caso, no exigiéndose que estos efectos sean aplicados correlativamente. Por tanto, se deja sin efecto el fundamento jurídico quinto de la Resolución administrativa N°321-2011-P-PJ.

FUNDAMENTOS:

NOVENO: Para realizar y determinar una correcta interpretación del artículo 59 del Código Penal, referido a los efectos del incumplimiento de las reglas de conducta, es necesario previamente revisar las interpretaciones que realizaron de éste, el Tribunal constitucional – máximo órgano de interpretación constitucional- y La Corte Suprema en el año 2011 mediante la Resolución Administrativa N°321-2011-P-PJ. Y por último, nos remitiremos a la propia norma para verificar si su redacción presenta ambigüedades que hayan llevado a interpretaciones dispares.

DECIMO: El Tribunal Constitucional ha emitido diferentes resoluciones, como por ejemplo: Expedientes N°2517-2005-PHC, N°3165-2006-PHC, N°3883-2007- PHC, N° 02076-2009-PHC, 01820-2011-PA/TC, entre otros; donde señala que los efectos que genera el incumplimiento de las reglas de conducta, conforme al artículo 59 del Código Penal son tres: "1. Amonestación al infractor, 2. Prorrogar el periodo de suspensión (...) o, 3. Revocar la suspensión de la pena"; y que estos efectos se pueden generar previo requerimiento fiscal indistintamente, es decir, no se requiere que se dicten correlativamente. Conforme la interpretación del Tribunal Constitucional, según sea el caso y a criterio motivado del Juez, se podrá imponer al primer incumplimiento de conducta la revocación de la suspensión de la pena, sin la necesidad de que previamente se haya impuesto los efectos anteriores.

DECIMO PRIMERO: Pese a la interpretación dada por el Tribunal Constitucional, el 8 de setiembre de 2011 se emitió la Resolución Administrativa N°321-2011-P-PJ, circular que buscaba regular y uniformizar la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, que señala a lo largo del fundamento jurídico quinto que "(...)el Juez deberá aplicar de manera correlativa lo dispuesto en el artículo 59 del Código Penal –salvo lo reglado en el artículo 60°-. Esto es, primero amonestará al infractor. Luego, si persiste en el incumplimiento, prorrogará el periodo de la suspensión hasta la mitad del plazo que se fijó inicialmente. Finalmente, si el agente hace caso omiso a las sanciones precedentes, revocará la suspensión de la ejecución de la pena."

DECIMO SEGUNDO: Como se señaló conviene analizar brevemente la norma penal, y verificar si su redacción presenta ambigüedades. El artículo 59, textualmente señala:

"Si durante el periodo de suspensión el condenado no cumpliera con las reglas de conducta impuestas o fuera condenado por otro delito, **el Juez podrá según los casos:**

1. Amonestar al infractor.
2. Prorrogar el periodo de suspensión (...).
3. Revocar la suspensión de la pena".

Nótese, que en la redacción de la norma, no se precisa que ésta será de aplicación correlativa y tampoco deja margen de error o interpretación en dicho aspecto, pues señala textualmente que de incumplirse las normas de conducta "(...) el Juez podrá, **según los casos** (...)" aplicar los efectos citados en la norma.

DECIMO TERCERO: Si la norma penal hubiese omitido señalar textualmente "(...) según los casos (...)" podríamos afirmar que en efecto la norma puede ser interpretada de dos maneras, una donde se crea que los efectos se aplicarán correlativamente u otra donde se aplique cualquiera de ellas a discreción del Juez. Sin embargo, nuestro legislador, fue claro al precisarlo, no dejando lugar a duda de que tales efectos podrán ser aplicados por el Juez Penal según el caso concreto.

DECIMO CUARTO: Conforme a lo señalado, este Supremo Tribunal afirma que conforme a la Ley penal, claramente redactada, la correcta interpretación de ésta es la señalada en reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pues se adecua cabalmente a una interpretación gramatical, sistemática y funcional. Así, el fundamento jurídico quinto de la Resolución Administrativa N°321-2011-P-PJ debe ser desatendida, en razón a que la interpretación que allí se plantea se contrapone con una correcta interpretación, más aún si la misma carece de fundamento.

DECIMO QUINTO: A modo de conclusión se puede establecer que la aplicación de los efectos del incumplimiento de reglas de conducta, previsto en el artículo 59 del Código Penal, deberá darse conforme a la propia norma de manera discrecional por el Juez. Es decir, según el caso concreto está en la decisión del Juez Penal optar por cualquiera de los tres supuestos, sin la necesidad de que se siga una secuencia prelativa. No se puede exigir al Juez Penal a imponer dichos efectos de manera correlativa, cuando es algo expresamente contrapuesto a la norma, y más aún que se contrapone con el sentido de ésta. No todos los casos e imputados son iguales; así, habrá algunos que abiertamente y sin mayor culpa incumplan las reglas de conducta impuestas, a los cuales conforme una debida motivación podrá corresponder prima facie la imposición de la revocación de la suspensión de la pena.

F. RESERVA DEL FALLO CONDENATORIO

46

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

Recurso de Nulidad	3332-2004-JUNÍN
Fecha	27 de mayo de 2005
Procedencia	Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República
Ponente	Prado Saldarriaga.
Jueces Supremos	Villa Stein, Ponce De Mier, Quintanilla Quispe, Prado Saldarriaga y Valdez Roca.
Disposiciones estudiadas	Arts. 62º a 67º y 426º del CP.

RESUMEN:

La reserva del fallo condenatorio es una ***medida alternativa de la pena privativa de libertad que es de uso facultativo para el Juez,*** *en tanto permite* ***declarar la culpabilidad del proceso sin emitir la condena y la pena*** *que debería corresponderle.*

Sin embargo, ***sólo procede cuando el delito esté sancionado con una pena de inhabilitación no superior a dos años****. Por tanto, es improcedente la aplicación de esta figura para los delitos previstos en los capítulos segundo y tercero del título decimoctavo del Código Sustantivo, ya que en aplicación del artículo cuatrocientos veintiséis del Código Penal, éstos serán sancionados con pena de inhabilitación con un máximo de duración de tres años.*

FUNDAMENTOS:

"**QUINTO:** Que con relación a la aplicación de la reserva del fallo condenatorio regulada en los artículos sesenta y dos a sesenta y siete del Código Penal, es importante precisar: ***a)*** Que ésta es una medida alternativa a

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

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

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

FUNDAMENTOS DEL VOTO SINGULAR:

VISTOS; de conformidad con la señora Fiscal Supremo en su dictamen de fecha veintiocho de febrero del dos mil cinco; y **CONSIDERANDO:**

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

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

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

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

QUINTO: Que, así expuesto se aprecia en autos que el delito contra la administración pública –peculado culposo- es sancionado con dos conjugaciones de penas principales y conjuntas: i) Pena privativa de libertad e inhabilitación, ii) Servicio comunitario e inhabilitación.

SEXTO: Que, por otro lado, la reserva del fallo condenatorio es una medida alternativa a la pena privativa de la libertad, de uso facultativo por el Juez,

caracterizada por reservar la imposición de la condenada y el señalamiento de la pena concreta para el sentenciado culpable.

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

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

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

4. DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

47

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

Recurso de nulidad	104-2005-AYACUCHO
Fecha	20 de abril de 2006
Procedencia	Segunda Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República
Jueces Supremos	Villa Stein, Valdez Roca, Ponce De Mier, Quintanilla Quispe y Prado Saldarriaga.
Disposiciones estudiadas	Arts. 74° y 75° del CP.

RESUMEN:

*La **medida de internación*** sólo puede ser impuesta en la sentencia y luego de que en juicio se haya acreditado la realización del delito por el inimputable y su estado de peligrosidad. En su duración ***no puede exceder los límites cuantitativos de la pena privativa de libertad concreta que se hubiera aplicado al procesado de haber sido una persona imputable.***

FUNDAMENTOS:

"**OCTAVO:** Que, por otro lado teniendo en cuenta que la Corte Suprema tiene facultad casatoria conforme lo reconoce el artículo ciento cuarenta y uno de la Constitución Política del Estado, esta Sala Penal Suprema debe establecer las siguientes precisiones: ***a)*** Que las medidas de seguridad son sanciones que se aplican judicialmente a los inimputables o imputables relativos que han cometido un hecho punible; que la medida de internación es privativa de libertad y sólo puede aplicarse cuando existe el peligro potencial de que el inimputable pueda cometer en el futuro otros delitos considerablemente graves. Por tanto la internación es una medida de seguridad que conlleva graves efectos restrictivos en

la libertad de las personas. Por lo demás, como señala Claux Roxin "...el fin de la pena y las medidas de seguridad no se diferencia en esencia. Ciertamente, los fines preventivos se persiguen por las medidas de seguridad de una forma diferente y que la mayoría de las veces contrasta también con la orientación de los cometidos de la pena en el caso individual, pero la tendencia fundamentalmente preventiva es la misma" (Claus Roxin. "Derecho Penal. Parte General". Tomo I. Editorial Civitas. Madrid, mil novecientos noventa y siete). ***b)*** Que, en consecuencia, tratándose de una sanción la medida de internación sólo puede ser impuesta en la sentencia y luego de que en juicio se haya acreditado la realización del delito por el inimputable y su estado de peligrosidad. ***c)*** Que la duración de la medida de internación no puede ser indeterminada, por eso el operador judicial debe definir en la sentencia su extensión temporal, la cual, conforme lo establece el artículo setenta y cinco ab initio, en ningún caso puede exceder los límites cuantitativos de la pena privativa de libertad concreta que se hubiera aplicado al procesado si hubiera sido una persona imputable. ***d)*** Que además, la duración de la medida de internación debe ser proporcional a la peligrosidad potencial del agente y coherente con las recomendaciones que sobre el tratamiento a aplicar haya precisado el perito psiquiatra."

5. EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y DE LA PENA

48

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

Acuerdo Plenario Extraordinario	3-2012/CJ-116
Fecha	26 de marzo del 2012
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	Prado Saldarriaga
Jueces Supremos	San Martín Castro, Villa Stein, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Barrios Alvarado, Salas Arena, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Villa Bonilla y Morales Parraguéz.
Disposiciones estudiadas	Arts. 83º, 84º y 96º del CP.; 339º.1 del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	11° al 17° y 19°.

RESUMEN:

El Acuerdo Plenario Nº 1-2010 analizó la naturaleza del artículo 339º.1 del Código Procesal Penal de 2004, decretando que dicha norma debería interpretarse en el sentido de que su principal efecto sería la ***suspensión de la prescripción de la acción penal a raíz de la formalización de la investigación, y no así la interrupción de la misma.*** *Sin embargo, un sector minoritario de la doctrina y de la judicatura nacional se mantuvo reacio en interpretar tal norma de manera diferente, por lo que se hace la explicación pertinente partiendo de un análisis desde el punto de vista histórico y desde el punto de vista comparado.*

Partiendo del Derecho comparado, es evidente que el artículo 339º.1 ha recibido influencia directa de la reforma procesal penal chilena. En efecto, el artículo

223º del Código Procesal Penal de Chile regula la institución de la suspensión de la prescripción acción penal, y toda vez que el artículo 339º.1 de nuestra legislación procesal se basa en el 223º del Código Procesal Penal chileno, se desprende –desde una visión comparada- el respaldo a la posición del Acuerdo Plenario Nº 1-2010. En lo que respecta a su evolución histórica, la interpretación del artículo 339º.1 en el sentido de regulación de la suspensión de la prescripción de la acción penal a causa de la formalización de la investigación; encuentra total apoyo en los artículos 121º y 122º del Código Penal de 1924. En ese sentido, al no existir en la legislación vigente ninguna relación de identidad ni dependencia residual entre la interrupción y la suspensión de la prescripción de la acción penal, es que se ratifica la solidez hermenéutica del Acuerdo Plenario Nº 1-2010.

FUNDAMENTOS:

"El Acuerdo Plenario Nº 1-2010/CJ-116 y la suspensión de la prescripción de la acción penal por formalización de la Investigación Preparatoria:

6º. El Acuerdo Plenario Nº 1-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, al analizar la naturaleza y efectos de la configuración del artículo 339º inciso 1 "La formalización de la investigación suspenderá el cargo de la prescripción de la acción penal" declaró expresamente en su fundamento jurídico 27 lo siguiente: "La redacción y el sentido del texto es claro, en cuanto regula la institución de la 'suspensión' con todas las consecuencias y matices que conlleva y no es posible deducir que el legislador quiso reglamentar un supuesto de 'interrupción' de la prescripción porque la voluntad fue establecer que ese acto del Fiscal es motivo de suspensión. En la práctica, el principal efecto de esta norma es la prolongación del tiempo necesario para considerar extinguida la responsabilidad penal por un determinado hecho y, en ese sentido, cuando existe actividad procesal del Fiscal –formalizando la investigación- el plazo de prescripción deja de computarse desde que se declara.

7º. Sin embargo, con posterioridad a este Acuerdo Plenario un sector minoritario de la doctrina y de la judicatura nacional ha vuelto a insistir en la conveniencia de asumir que lo previsto en dicha norma como suspensión debe ser entendido como interrupción y que, incluso, procede a apartarse de lo establecido en el Acuerdo Plenario sobre la materia (Cfr. Sentencia de Apelación del 21 de marzo de 2011, recaída en el Expediente Nº 00592-2008-49-1302-JR-PE-01. Corte Superior de Justicia de

Huaura, fundamentos 4.1 a 4.10 y Voto Singular del Juez Superior Reyes Alvarado. Asimismo, comentario a dicha sentencia de José David Burgos Alvarado: La Formalización de la Investigación Preparatoria ¡Suspensión o interrupción de la acción penal? En Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 22. Abril 2011, p. 261 y ss). Entre estas posturas también se ha afirmado, sin mayor detalle argumental y de modo reiterado, que la disposición del artículo 339° inciso 1 del Código Procesal Penal, ha derogado las reglas sobre interrupción y suspensión de la prescripción de la acción penal que contienen los artículos 83° y 84° del Código Penal sustantivo. Frente a ello, otro calificado sector de la doctrina ha ratificado la coherencia y validez de lo establecido por las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia (Cfr. Raúl Pariona Arana. La Prescripción en el Código Procesal Penal de 2004 ¿Suspensión o interrupción de la prescripción? En Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 23. Mayo 2011, p. 221 y ss). Las ponencias presentadas en la Audiencia Pública Preparatoria del 12 de marzo han puesto también de manifiesto estas discrepancias con diferentes argumentos en uno y otro sentido, siendo común a todas la ausencia de un análisis del origen histórico y comparado del inciso 1 del artículo 339° y que resulta imprescindible para esclarecer definitivamente la función y alcances dogmáticos así como prácticos de tal disposición legal.

La fuente legal extranjera del artículo 339° inciso 1 valida la posición hermenéutica asumida en el Acuerdo Plenario de 2010:

8°. La influencia directa de la reforma procesal penal chilena en la redacción del artículo 339° inciso 1 es pelan y evidente. En efecto, al igual que la norma nacional, el literal a) del artículo 233° del Código Procesal Penal de Chile también establece que "La formalización de la investigación preparatoria producirá los siguientes efectos: a) Suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal en conformidad a lo dispuesto en el artículo 96° del Código Penal". Ahora bien, en el artículo aludido del texto fundamental del Derecho Penal sustantivo del vecino país del sur, los efectos y causales de la suspensión de la prescripción de la acción penal están claramente diferenciados de los que corresponden a la interrupción: "Esta prescripción se interrumpe, perdiéndose el tiempo transcurrido, siempre que el delincuente comete nuevamente crimen o simple delito, y se suspende desde que el procedimiento se dirige contra él". Esto significa, sencillamente, que en Chile siempre la incoación de un proceso contra el

autor de un hecho punible es causal de suspensión de la prescripción de la acción penal y no de interrupción. Lo mismo ocurre ahora en el Perú desde la puesta en vigencia del Código Procesal Penal de 2004. Por tanto, la interpretación hecha por el Acuerdo Plenario es correcta y tiene plena vigencia técnica y práctica.

La suspensión e interrupción de la prescripción de la acción penal en el derecho penal histórico peruano han regulado siempre causales y efectos distintos:

9°. En el derecho penal histórico nacional, también los efectos y las causales de interrupción y suspensión de la acción penal han estado claramente estipulados sin que haya posibilidad alguna de confundirlos. Remitiéndonos únicamente al Código Penal de 1924 podemos constatar incluso que los artículos 121° sobre interrupción y el 122° sobre suspensión ponían en evidencia tales diferencias. Es más, en el SEGUNDO de los artículos citados, incluso se estipulaba que los efectos de la suspensión no alcanzaban a los plazos de la prescripción extraordinaria de la acción penal prevista en el párrafo in fine la primera de dichas normas: "Si el comienzo o la terminación del proceso dependiese de cualquier cuestión que debe resolverse en otro procedimiento, se considerará en suspenso la prescripción hasta que esté concluido, salvo lo prescrito en la última parte del artículo anterior". Importante salvedad que no fue reproducida por el actual artículo 84° del Código Penal vigente, demostrando con ello, una vez más, que no existe en la legislación vigente ninguna relación de identidad ni dependencia residual entre la interrupción y la suspensión de la prescripción de la acción penal. De esta manera, desde el plano histórico, se vuelve a ratificar la pertinencia y solidez hermenéutica de lo acordado en el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116.

Las relaciones intersistemáticas entre los artículos 83° y 84° del Código Penal de 1991, con el artículo 339° inciso 1 del Código Procesal Penal de 2004 son de plena compatibilidad funcional:

10°. Frente a la ya demostrada autonomía de las reglas y efectos de la suspensión en relación a las que gobiernan la configuración y eficacia de la interrupción de la prescripción de la acción penal, cabe concluir señalando que el artículo 339° inciso 1 del Código Procesal Penal de 2004 no ha derogado ni modificado, directa o indirectamente, las reglas contenidas en

el artículo 83° del Código Penal vigente. El artículo 84° del Código Penal tampoco ha sido derogado ni mediatizado en sus efectos por el inciso 1 del artículo 339° del Código Procesal Penal. Fundamentalmente porque ambas disposiciones son independientes aunque aludan a una misma institución penal como lo es la suspensión de la prescripción de la acción penal. Se trata solamente de disposiciones compatibles que regulan, cada una, causales distintas de la suspensión de la prescripción de la acción penal que puedan operar de modo secuencial, paralelo o alternativo. Efectivamente, la prejudicialidad considerada por la norma sustantiva puede paralizar incluso la continuación de un proceso penal en trámite y donde la Formalización de la Investigación Preparatoria que considera la norma adjetiva, ya decretó la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal. Es más, a ello se refiere también de modo expreso el artículo 5° en sus incisos 1 y 2:

"1. La cuestión prejudicial procede cuando el Fiscal decide continuar con la Investigación Preparatoria, pese a que fuere necesaria en vía extra-penal una declaración vinculada al carácter delictuoso del hecho incriminado.

2. Si se declara fundada, la Investigación Preparatoria se suspende hasta que en la otra vía recaiga resolución firme. Esta decisión beneficia a todos los imputados que se encuentren en igual situación jurídica y que no la hubieran deducido".

Por consiguiente, desde el dominio de las relaciones intrasistemáticas de las normas sustantivas o adjetivas, vinculadas a la interrupción o prescripción de la acción penal en la legislación nacional vigente, no se configura ni se condiciona la presencia de una antonimia legal que demande la modificación o complementación del Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116.

Necesidad de un plazo razonable para la suspensión de la prescripción en el caso del artículo 339° inciso 1 del Código Procesal Penal de 2004:

11°. Es pertinente y oportuno establecer un límite temporal para la duración de la suspensión de la prescripción de la acción penal, generada por la Formalización de la Investigación Preparatoria. Tal requerimiento fue también reiteradamente planteado en las ponencias sustentadas durante la Audiencia Pública preparatoria del I Pleno Jurisdiccional Extraordinario por lo que expresan una fundada demanda de la comunidad nacional.

Pero, además, ella guarda estricta coherencia con las exigencias límites y efectos que derivan del principio de plazo razonable para la realización de la justicia. En ese contexto, pues, y atendiendo a los antecedentes históricos de la suspensión de la prescripción en nuestra legislación, cabe asimilar, para satisfacer tal expectativa social, el mismo límite temporal que contenía el derogado artículo 122° del Código Penal de 1924. Esto es, en adelante debe entenderse que la suspensión de la prescripción en el caso del artículo 339° inciso 1, no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo. Por lo demás este mismo criterio se mantuvo en los Proyectos de Código Penal de setiembre de 1984 (Art.96°), de octubre de 1984 (Art.83°), de agosto de 1985 (Art.89°) y de abril de 1986 (Art.88°) que precedieron al Código Penal de 1991 por lo que su razonabilidad es admisible".

49

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

Acuerdo Plenario	2-2011/CJ-116
Fecha	06 de diciembre del 2011
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	Lecaros Cornejo y Barrios Alvarado.
Jueces Supremos	Villa Stein, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Neyra Flores, Villa Bonilla, Calderón Castillo y Santa María Morillo.
Disposiciones estudiadas	Arts. 26° y 80° del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	16° al 19°

RESUMEN:

El autor de un delito contra la Administración Pública no puede ser cualquier persona, sino sólo aquel ***funcionario o servidor público que ocupa un status especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto*** *sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor,* ***con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica****, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde.*

En este sentido es que el artículo 80° del Código Penal regula que ***el plazo de prescripción se duplica en el caso de los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste.*** *Tal como indica el Acuerdo Plenario 1-2010, esta decisión legislativa se basa en la mayor valoración del acto ilícito al tratarse de un atentado contra el normal funcionamiento de la Administración Pública, la seguridad de los bienes pertenecientes a la Administración Pública y a causa de la inobservancia del deber de fidelidad del*

funcionario o servidor público hacia el patrimonio público desde la perspectiva de las obligaciones del cargo o función que ejerce y abusa.

*Sin embargo, **la medida no puede extenderse para el extraneus**. Los extraneus se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá el término del plazo previsto para los autores, pues a ellos no les alcanza la circunstancia agravante que sólo corresponde al autor. El extraneus no infringe ningún deber jurídico especial que se corresponda con el bien jurídico que es objeto de tutela penal*

FUNDAMENTOS:

"Determinación del problema:

6°. En el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, se afirmó que la prescripción es el límite temporal que tiene el Estado para ejercer su poder penal por un delito incriminado y se explicó de manera extensa la aplicación del último párrafo del artículo 80° del Código Penal: la dúplica de la prescripción en el caso de "Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos" contenida en el Capítulo II, Titulo XVIII, del Libro segundo del mismo cuerpo legal.

7°. No obstante, la participación de los extraneus en esta clase de delitos plantea interesantes problemas en torno al cómputo del plazo de la prescripción. Surge pues como tema de debate la cuestión relativa a la aplicación de la dúplica de los plazos de prescripción también para el extraneus.

La trascendencia de este asunto resulta evidente, por lo que se hace necesario determinar si la prescripción varía en relación a su duración, según se trate propiamente del autor (intraneus) o, en su caso, del partícipe: inductor o cómplice (extraneus), o si hay que aplicar el mismo plazo a todos los responsables del hecho, con independencia del título que le corresponda por su actuación.

En este contexto, bien podría suceder que los primeros –autores- no alcancen la prescripción, pero sí los segundos –partícipes-.

8°. El análisis de esta situación será fijado sobre el concepto del delito contra la Administración Pública, para luego de manera general indicar los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales en torno a la intervención del extraneus en esta clase de delitos, y, finalmente, sobre la base de esos elementos conceptuales, abordar la solución del problema propuesto.

Análisis dogmático:

9°. El punto de partida dogmático está dado por la categoría de estos delitos: de infracción de deber. Actualmente, en la doctrina y la jurisprudencia se ha definido que existen tipos legales que requieren un dominio del autor para su construcción, como por ejemplo los delitos de robo agravado, homicidio calificado, estafa, tráfico ilícito de drogas, entre otros -denominados delitos de dominio-.

Sin embargo, también existen tipos legales que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del autor -característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos-. El autor del delito –de infracción de deber- no puede ser cualquier persona, sino sólo aquél funcionario o servidor público que ocupa un status especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la Administración Pública y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito. En este espacio, por ejemplo, deberá disponer correctamente del patrimonio estatal que administra.

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

11°. Este tipo de delitos restringe el círculo de autores -como se anotó-, pero se admite la participación del "extraneus" que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva -en torno a la accesoriedad de la participación- en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del "extraneus".

Esta posición, sostiene lo siguiente:

A. Un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes.

B. El extraneus puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del extraneus no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal. Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia a pesar de que aquél toma parte en la realización de la conducta punible.

12°. Desde esta posición subsidiaria, serán partícipes los que sin infringir el deber, formen parte del hecho referido a la acción del infractor del deber -el hecho punible está unido esencialmente al autor y constituye una imputación única-. Esta posición guarda absoluta concordancia con el artículo 26° CP que regula las reglas de la incomunicabilidad de las circunstancias de participación y señala lo siguiente: "Las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible". Esta fórmula ratifica la opción dogmática y jurisprudencial que sostiene la imposibilidad de la punibilidad del extraneus como autor de un delito de infracción de deber.

Lo expuesto significa, además, que el partícipe sólo merece ser sancionado si existe un hecho antijurídico por parte del autor.

13°. Con base a las explicaciones anotadas y las normas generales sobre accesoriedad de la participación, es preciso determinar si las reglas de la dúplica de los plazos de prescripción previstas en el artículo 80° CP, y aplicables a los "Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos" que afectan el patrimonio del Estado, también alcanzan a los sujetos -extraneus- que no ostentan el deber especial.

14°. En el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, se afirmó lo siguiente: "la duplica de la prescripción obedece a una mayor valoración por tratarse de un atentado contra el normal funcionamiento de la Administración Pública, la seguridad de los bienes pertenecientes a la Administración Pública y la inobservancia del deber de fidelidad del funcionario o servidor público hacia el patrimonio público desde la perspectiva de las obligaciones del cargo o función que ejerce y abusa [...] el ataque contra el patrimonio público es ejecutado por personas que integran la Administración Pública a las que se le confió el patrimonio y se

colocó al bien en una posición de especial vulnerabilidad por estos sujetos. Esto implica un mayor desvalor de la acción [...] y resultado derivado de la específica función de protección que tienen esas personas respecto del patrimonio del Estado, de la lesión que proviene de la acción desvalorada y de la mayor posibilidad que tienen para encubrir sus actividades ilícitas".

15°. Ahora bien, el Código Penal al regular el término de prescripción de la acción penal en el artículo 80° CP, estipuló que se duplica el plazo de la prescripción para el funcionario o servidor público que en el ejercicio de sus funciones realice una conducta punible que atente contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste.

16°. De la lectura de estas dos proposiciones es evidente que la calidad de funcionario o servidor público del autor ha sido prevista como una condición especial de deberes que fundamenta la mayor extensión del término de la prescripción, por la distinta posición que éstos ocupan en la sociedad y porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a la Administración Pública. Ello implica deberes de protección, ausencia de defraudación de la confianza pública depositada en él y compromiso real con el ente estatal por la situación de mayor riesgo para el bien jurídico que tienen por el poder que ostentan.

En consecuencia, los que no detentan esas condiciones, no infringen el deber jurídico especial que vincula al funcionario o servidor público y, en ese sentido, no son merecedores de un mayor reproche penal en vinculación con la extensión del plazo de la prescripción. Es ese contexto, el marco concretado para el autor de un delito de infracción de deber, en términos de prescripción, no puede sostener una mayor extensión de los mismos para el extraneus.

17°. Desde esta perspectiva y al amparo de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, es necesario que exista una diferenciación entre el intranei y extraneus derivada de la diferente condición y ausencia del deber jurídico especial. Esta distinción entre intervenciones principales y accesorias tiene el efecto de la escisión del término de la prescripción, pues con ello se va conseguir una justicia justa y un equilibrio punitivo en función a la real magnitud de la participación del agente. Esta posición, asimismo, guarda absoluta coherencia con la regulación prescrita en el artículo 88° CP que estatuye "La prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada uno de los partícipes del hecho punible".

18°. En suma, los extraneus se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor -dentro de los comprendidos en el Capítulo II, Titulo XVIII, del Libro segundo del CP-, pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá el término del plazo previsto para los autores, pues a ellos no les alcanza la circunstancia agravante que sólo corresponde al autor.

19°. Se estima que lo precedentemente desarrollado es la forma correcta de abordar la cuestión. No se puede desconocer que los partícipes que no ostentan los deberes especiales, sólo responden por el delito de infracción deber en calidad de inductores o cómplices -sin que ello implique la ruptura del título de imputación, como ya se explicó-, en tanto, no pueden realizar materialmente la conducta por un defecto esencial a nivel de imputación como autor.

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

50

§50. Prescripción: problemas actuales

Acuerdo Plenario	1-2010/CJ-116.
Fecha	16 de noviembre del 2010
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	Lecaros Cornejo, Barrios Alvarado y Calderón Castillo.
Jueces Supremos	San Martin Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Barandiarán Dempwolf, Calderón Castillo y Santa María Morillo.
Disposiciones estudiadas	Arts. 80º, 83º, 86º y 440º.5 del CP.; 339º del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	12° al 32°

RESUMEN:

La prescripción en el derecho sustantivo se define como el ***límite temporal que tiene el Estado para ejercer su poder penal cuando ha transcurrido el plazo de tiempo máximo establecido en la Ley sustantiva para el delito incriminado****. Se entiende así que es una autolimitación al poder punitivo del Estado.*

En los casos de los ***delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos*** *contra el patrimonio del Estado,* ***el plazo de prescripción se duplica*** *por tratarse de un atentado contra el normal funcionamiento de la Administración Pública, la seguridad de los bienes pertenecientes a la Administración Pública y la inobservancia del deber de fidelidad del funcionario o servidor público hacia el patrimonio público desde la perspectiva de las obligaciones del cargo o función que ejerce y abusa. Se justifica en la lesión efectiva del patrimonio del Estado realizada por los funcionarios o servidores públicos, por lo que es necesario que exista una vinculación directa entre estos.*

La prescripción en los casos de delitos sancionados con penas principales de multa o de prestación de servicios comunitarios será, de manera ordinaria, de un año. Si bien el art. 440º.5 del CP no indica el plazo extraordinario de la prescripción en dichas situaciones, en base a una interpretación sistemática del art. 83º CP, se tiene que en las faltas la prescripción extraordinaria de la acción penal opera al cumplirse un año y seis meses de cometida la infracción.

Finalmente, el art. 339º.1 del NCPP regula expresamente una suspensión "sui generis", diferente a la regulada en el art. 84º CP, en tanto afirma que la Formalización de la Investigación Preparatoria emitida por el Fiscal suspende el curso de la prescripción de la acción penal; lo cual significa que la ley otorga más tiempo a la autoridad para que persiga el delito para asegurar el éxito en la persecución del hecho delictivo.

FUNDAMENTOS:

"**Aspectos generales:**

5°. La prescripción en el derecho sustantivo se define como el límite temporal que tiene el Estado para ejercer su poder penal cuando ha transcurrido el plazo de tiempo máximo establecido en la Ley sustantiva para el delito incriminado -pena abstracta-. En ese sentido, el Estado a través del Ministerio Público como titular exclusivo de la acción persecutoria -de conformidad con el artículo ciento cincuenta y nueve de la Constitución Política del Perú y artículo once de la Ley Orgánica del Ministerio Público- y encargado de reclamar del órgano jurisdiccional la declaración del derecho en el acto que estima delictuoso y la determinación de la pena que debe aplicarse al imputado, renuncia o abdica a la persecución de un hecho punible en los casos que no procede y a la aplicación de la pena fuera de los límites temporales de la prescripción -a su pretensión punitiva- y el Poder Judicial a la ejecución de una sanción ya impuesta al autor de un hecho punible -prescripción de la pena-.

6°. La institución de la prescripción como está regulada en el artículo ochenta y ochenta y seis del Código Penal, es una frontera de derecho penal material que establece una autolimitación al poder punitivo del Estado, en tanto el proceso no puede tener una duración indefinida sobre situaciones jurídicas expectantes, pues ello vulneraría el derecho fundamental a la definición del proceso en un plazo razonable.

7°. El legislador al emitir la norma fija los límites jurídicos traducidos en el lapso de tiempo en el cual los delitos serán perseguibles y no deja éste a voluntad discrecional del órgano encargado de la persecución, lo que es necesario en un Estado de derecho donde la prescripción cumple una función de garantía fundamental de los ciudadanos frente a la actividad judicial y constituye una sanción a los órganos encargados de la persecución penal por el retraso en la ejecución de sus deberes.

8°. En este sentido, la prescripción varía, en cuanto a su duración, según la naturaleza del delito que se trate y cuando más ingente sea la pena regulada en la Ley, mayor será el plazo de la prescripción para el delito incriminado. También modula la duración del mismo según las vicisitudes del procedimiento y atendiendo a otras consideraciones de especial relevancia: causas de suspensión y de interrupción.

Planteamiento de los problemas:

9°. Determinar los alcances del último párrafo del artículo ochenta del Código Penal: la dúplica de la prescripción cuando el delito es cometido por un funcionario o servidor público contra el patrimonio del Estado.

10°. La prescripción extraordinaria y la configuración y efectos de la reincidencia en las faltas.

11°. Establecer el sentido del artículo trescientos treinta y nueve del Código Procesal Penal que dispone la suspensión de la prescripción cuando se Formaliza la Investigación Preparatoria.

Desarrollo del primer tema:

12°. El legislador incrementó el plazo de prescripción -duplicó- en el último párrafo del artículo ochenta del Código Penal y destacó la mayor gravedad cuando el delito es cometido por un funcionario o servidor público contra el patrimonio del Estado, ello en concordancia con el último párrafo del artículo 41° de la Constitución Política del Perú -*"el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado por funcionarios y servidores públicos"*-. La ley consideró que tenía que reconocerse un mayor reproche, traducido en el plazo de la prescripción, por tratarse de un atentado contra el normal funcionamiento de la Administración Pública, la seguridad de los bienes pertenecientes a la Administración Pública y la inobservancia del deber de fidelidad

del funcionario o servidor público hacia el patrimonio público desde la perspectiva de las obligaciones del cargo o función que ejerce y abusa. En tal sentido, el ataque contra el patrimonio público es ejecutado por personas que integran la Administración Pública a las que se le confió el patrimonio y se colocó al bien en una posición de especial vulnerabilidad por aquéllos. Esto implica un mayor desvalor de la acción -como conducta peligrosa para los bienes jurídicos- complementado con el desvalor de resultado derivado de la específica función de protección que tienen esas personas respecto del patrimonio del Estado, de la lesión que proviene de la acción desvalorada y de la mayor posibilidad que tienen para encubrir sus actividades ilícitas.

13°. Por tanto, se incrementó el plazo de prescripción para obtener una variante en cuanto a la acción persecutoria o ejecución de la pena y dar a estos casos concretos una regla especial con la finalidad de otorgar al organismo encargado de la persecución del delito un mayor tiempo para que pueda perseguir el hecho punible y establecer una mayor dificultad para que el delito no quede impune.

14°. Es necesario complementar esta circunstancia prevista en la norma para limitar su aplicación sobre determinadas situaciones concretas e interpretar el sentido de la Ley desde la perspectiva de su coherencia con el ordenamiento jurídico y el contexto en que se utilizó -método lógico-sistemático-. Así, debe entenderse que la opción normativa, de carácter especial, descrita en el último párrafo del artículo 80° del Código Penal se orienta al *Capítulo II, Titulo XVIII, del Libro segundo* del mismo cuerpo legal, *"Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos"*, atendiendo a dos aspectos concretos:

A. En este Capítulo se regulan los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos.

B. Dicho Capítulo protege además el patrimonio público vulnerado por esos sujetos especiales, que es lo que exige la norma sustantiva de acuerdo a la interpretación con la norma constitucional prevista en el artículo cuarenta y uno de la Constitución que contiene como mandato concreto que el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado por funcionarios y servidores públicos. Es de resaltar que no todos los delitos comprendidos allí tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo legal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto

establecido para prolongar el plazo de prescripción en función a la afectación de los bienes jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público o sólo afectan el correcto funcionamiento de la Administración Pública propiamente dicha, vulnerando el ejercicio de funciones y servicios públicos bajo pautas de corrección y sometimiento a la legalidad, la observancia de los deberes del cargo como empleo, regularidad y desenvolvimiento normal de tal ejercicio, el prestigio y dignidad de la función, la imparcialidad en el desenvolvimiento decisional, y otros, desvinculados totalmente de la afectación del patrimonio del Estado como tal y excluidos.

15°. Si el fundamento esencial de la duplicidad de la prescripción es la lesión efectiva del patrimonio del Estado realizada por los funcionarios o servidores públicos, es necesario que exista una vinculación directa entre estos. Tal fundamento exige el concurso de tres presupuestos concretos:

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

B. El vínculo del funcionario o servidor público con el patrimonio del Estado implica que este ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos.

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

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

17°. Debe destacarse que los bienes sobre los cuales puede recaer la acción material pueden ser del Estado, parcialmente del Estado o de propiedad privada.

a. En cuanto a la primera modalidad, se trata de bienes íntegramente del Estado.

b. La segunda modalidad se refiere a bienes de Sociedades de economía mixta donde el Estado tiene parte por estar integrado con capital proveniente tanto del sector público como del sector privado y se comparte la propiedad de los bienes. Este tipo de Régimen Económico está reconocido en el artículo 40° y 60° de la Constitución Política del Perú y en el artículo 2° del Decreto Legislativo número 674, del 27 de setiembre de 1991, que contiene las normas sobre la promoción de la inversión privada en las empresas del Estado.

c. La tercera modalidad se refiere a bienes de propiedad privada que se encuentren en posesión directa del Estado, que ejerce la administración temporal para fines institucionales o de servicio a través de un acto jurídico legalmente válido.

18°. El patrimonio del Estado, parcialmente del Estado o privado está constituido por bienes muebles o inmuebles con valor económico, como los caudales y efectos, lo que se traduce en la presencia de un perjuicio patrimonial real y efectivo en la entidad estatal.

Desarrollo del segundo tema:

19°. El Libro TERCERO del Código Penal está dedicado a las faltas. Esta clase de infracciones penales no incluyen en su penalidad conminada penas privativas de libertad. Ellas son sancionadas sólo con penas principales de multa o de prestación de servicios a la comunidad. En lo que respecta al plazo ordinario de la prescripción de la acción penal y de la pena en las faltas, el inciso 5 del artículo 440° señala de manera específica en un año. Además, dicha disposición consigna también que "la acción penal y la pena prescriben en caso de reincidencia a los dos años".

20°. Sin embargo, el citado artículo no ha precisado cuáles son las reglas especiales sobre los plazos extraordinarios de prescripción de la acción penal ni sobre los presupuestos que identifican la reincidencia en las faltas. Por consiguiente, dado que el mismo numeral 440° *ab initio* establece que: *"Son aplicables a las faltas las disposiciones contenidas en el Libro PRIMERO (...)"*, es pertinente delinear los alcances de esa regulación supletoria para tales casos.

21°. Al respecto cabe asumir, sin mayor contradicción ni implicancias normativas, que para efectos de definir los plazos de la prescripción extraordinaria en las faltas deberá de observarse lo dispuesto en el artículo

83° *in fine*. Esto es, incrementar en una mitad el plazo ordinario. Por tanto, en las faltas la prescripción extraordinaria de la acción penal opera al cumplirse un año y seis meses de cometida la infracción.

22°. Ahora bien, el artículo 440°, inciso 5, señala también que en caso de reincidencia el plazo ordinario de prescripción de la acción penal y de la pena para las faltas es de dos años, por lo que en tales supuestos el plazo extraordinario será de tres años. No obstante, dicho artículo no identifica en su contenido los presupuestos y requisitos que posibilitan la configuración de la reincidencia en las faltas. Es en el artículo 46° B del Código Penal en donde luego de regular los requerimientos legales para la reincidencia en los delitos dolosos, se alude, con escasa claridad, a la reincidencia en faltas en los términos siguientes: *"Igual condición tiene quien haya sido condenado por la comisión de faltas dolosas"*. Corresponde, pues, sobre la base de las disposiciones legales mencionadas desarrollar fórmulas de interpretación que las hagan compatibles y funcionales. Para tales efectos se adoptan los siguientes criterios:

A. La reincidencia en faltas se produce cuando quien habiendo sido condenado como autor o partícipe de esta clase de infracción penal, incurre luego de que la condena adquiere firmeza en la comisión de una nueva falta. Se trata, pues, de una modalidad de reincidencia ficta que no exige que se haya cumplido en todo o en parte la pena impuesta

B. La reincidencia en faltas determina modificaciones en la pena conminada para la nueva falta cometida. En tal sentido. el máximo de pena originalmente establecido por la ley se convertirá en mínimo y se configurará un nuevo límite máximo que será equivalente a la mitad por encima del máximo original.

C. Para que se configure la reincidencia la nueva falta debe ser cometida en un plazo no mayor a dos años de quedar firme la condena anterior. De esa manera la reincidencia será compatible con los plazos ordinarios de prescripción de la acción penal y de la pena estipulados en la segunda parte del inciso 5 del artículo 440°.

Desarrollo del tercer tema:

23°. Tercer tema. El apartado uno del artículo 339° del nuevo Código Procesal Penal prescribe que "*la Formalización de la Investigación Preparatoria*

suspende el curso de la prescripción de la acción penal". Entonces la discusión de ese párrafo está centrada en las cuestiones de legitimidad, legalidad y razonabilidad.

24°. La "suspensión" de la prescripción prevista en el artículo 84° del Código Penal consiste en la creación de un estado en el cual el tiempo deja de correr porque se presenta una situación particular determinada por la Ley que impide la persecución penal -constituye la excepción al principio general de la continuidad del tiempo en el proceso-. La continuación del proceso dependerá de la decisión de una autoridad extra penal, que puede ser un Juez del ámbito civil, administrativo, comercial, de familia y en todos los casos se paraliza el inicio o la continuación del proceso desde que se presenta la circunstancia que amerita la imposibilidad de su prosecución y se reiniciara cuando se resuelva esa cuestión. Por consiguiente, el término de la prescripción sufre una prolongación temporal.

25°. La consecuencia más significativa es que el tiempo transcurrido con anterioridad al momento en que se presentó la causa que suspendió el proceso no se pierde y se sumará al que transcurra después de su reiniciación, pero el tiempo cumplido durante la vigencia de la suspensión no se computa para los efectos de la prescripción extraordinaria.

26°. Sin embargo, la literalidad del inciso 1 del artículo 339° del Código Procesal Penal evidencia que regula expresamente una suspensión "*sui generis*", diferente a la ya señalada, porque afirma que la Formalización de la Investigación Preparatoria emitida por el Fiscal, como director y coordinador de esta etapa procesal -quien adquiere las funciones de las que actualmente goza el Juez de instrucción-, suspende el curso de la prescripción de la acción penal. Con la formulación de la imputación se judicializa el proceso por la comunicación directa entre el Fiscal y el Juez de la Investigación Preparatoria y culmina la etapa preliminar de investigación practicada por el Fiscal. En consecuencia, queda sin efecto el tiempo que transcurre desde éste acto Fiscal hasta la culminación del proceso con una sentencia o resolución judicial que le ponga fin o en su caso hasta que sea aceptada la solicitud de sobreseimiento del Fiscal.

27°. La redacción y el sentido del texto es claro, en cuanto regula la institución de la "suspensión" con todas las consecuencias y matices que conlleva y no es posible deducir que el legislador quiso reglamentar un supuesto de "interrupción" de la prescripción, porque la voluntad fue establecer que ese acto del Fiscal es motivo de suspensión. En la práctica, el principal

efecto de esta norma es la prolongación del tiempo necesario para considerar extinguida la responsabilidad penal por un determinado hecho y, en ese sentido, cuando existe actividad procesal del Fiscal -formalizando la investigación- el plazo de prescripción deja de computarse desde que se declara.

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

A. Que es obligación del Estado proveer de los mecanismos necesarios para la realización de la pretensión punitiva derivada de un delito, pues los intereses tutelados por las normas penales son eminentemente públicos, y en ese contexto preordena el proceso penal para asegurar la persecución del delito contra todo ilegítimo obstáculo.

B. El Estado por medio del Ministerio Público ejerce la pretensión punitiva que se deriva de un delito, promueve la aplicación de la sanción correspondiente y solicita que se ejecute el fallo.

29°. Desde esta perspectiva el fundamento de la posibilidad de suspender el plazo de prescripción dirigiendo el procedimiento contra el presunto culpable constituye el instrumento que tiene el Estado y ejecuta el órgano judicial para poner de manifiesto que aún se vislumbran posibilidades de éxito en la investigación del presunto delito y que la infracción pueda ser castigada -el acto del Fiscal que constituye la formalización del proceso se realiza después que se identificó e individualizó plenamente al imputado, se describió los hechos, se tipificó la conducta en la norma correspondiente y se reunió indicios reveladores de la comisión del delito, valorando adecuadamente todas las circunstancias del caso- para evitar la sensación de impunidad en la sociedad, como marco de la política criminal del Estado.

30°. Por tanto, la suspensión del plazo de prescripción significa que la ley otorga más tiempo a la autoridad para que persiga el delito. Constituye la manifestación de voluntad objetivamente idónea del Estado para asegurar el éxito en la persecución del hecho delictivo y contribuye a consolidar el principio constitucional de obligatoriedad en el ejercicio de la persecución penal que tiene el Ministerio Público prescrita en el artículo 159° de la Carta Política.

31°. La aplicación de esta regulación legal no vulnera el derecho fundamental del imputado a un proceso sin dilaciones indebidas programado en el inciso tres del artículo 139° de la Constitución -inserto en la garantía del

debido proceso- y tampoco se afecta el derecho a que la causa se resuelva por el Juez Penal en un tiempo razonable, por lo siguiente:

A. El fenómeno de la prescripción regulado en la norma constitucional y sustantiva está determinado esencialmente por una autolimitación del Estado para ejercer su potestad represiva cuando no ejerce la acción eficaz y oportunamente en un tiempo determinado. Por tanto, el legislador es el que decide si los actos que se realizan para iniciar la persecución penal, como "la Formalización de la Investigación Preparatoria" es una causa que suspende el curso de la prescripción.

B. Dicha institución sustantiva está inspirada en el interés de la sociedad de que no haya delitos impunes, pero limitando a los órganos encargados de la persecución penal. Una interpretación distinta, supone aceptar que la prescripción es un derecho establecido a favor del imputado y el rechazo a la existencia de causas procesales que suspendan el curso de la prescripción. Sin embargo, esto implica olvidar el interés social en la persecución de los delitos.

C. La suspensión del plazo de la prescripción no origina un problema de condiciones de desigualdad entre el Ministerio Público y el imputado por la creación de una posibilidad que afecta derechos fundamentales, pues cuando el hecho imputado de carácter delictivo conserva su contenido de lesividad, es necesario una sanción a su autor por ser legítima. En ese sentido, no se puede sostener la existencia de desigualdad -relevante jurídicamente- cuando se persigue y castiga una infracción punible.

D. No puede concebirse que los imputados tengan derecho a la resolución del proceso en un plazo razonable en los que el retraso pueda ser provocado por su propia actitud procesal para evitar el avance del procedimiento y prescribir el delito, lo que debe evitarse.

E. La reforma del sistema procesal implicó cambios radicales e importantes constituyendo uno de los más significativos relevar a los jueces de las labores de investigación dentro del proceso penal -propio de un sistema acusatorio- y por otro lado, la reforma de la aplicación de instituciones dentro del nuevo sistema. En ese contexto, en el ordenamiento procesal la "suspensión de la prescripción" se forja en un proceso estructurado que respeta las garantías del debido proceso,

promueve valores constitucionales medulares y definitivos para la protección jurisdiccional efectiva.

F. En el Nuevo Código Procesal Penal las etapas del proceso tienen un plazo establecido: La Investigación Policial o Fiscal veinte días, la Investigación Preparatoria ciento veinte días, ampliado a sesenta días y para casos complejos hasta ocho meses y si bien el juzgamiento no tiene plazo definido, no obstante una de sus características principales como innovación del nuevo modelo procesal es su celeridad y continuación ininterrumpida hasta su conclusión, evitando dilaciones y pérdida de concentración, como la propia Ley lo señala en el artículo 360° [inciso 1 y 5] -*"si no fuera posible realizar el debate en un solo día, éste continuará durante los días consecutivos que fueran necesarios hasta su conclusión y no podrá realizarse otros juicios hasta su culminación"*-. Es evidente que el nuevo sistema procesal busca simplificar, descongestionar, acelerar y hacer más eficiente la Administración de Justicia penal, asegurando una mayor eficiencia y eficacia en tanto en cuanto a la decisión de los jueces sólo se someten las causas que están en capacidad de resolver oportunamente.

G. Por otro lado, la propia norma procesal en los artículos 334° [inciso 2] y 343° regula las situaciones en las que el plazo de la investigación preliminar y preparatoria exceda su duración y reconoce al afectado el derecho de acudir al Juez de la Investigación Preparatoria -Juez de Garantías considerado como el custodio de la legalidad del procedimiento de investigación que realiza el Ministerio Público y tiene como función esencial tutelar las garantías del imputado- para que resuelva el conflicto y ordene la culminación de esas etapas procesales cuando las considere excesivas -se materializa por medio de una audiencia de control de plazos-. Es evidente el interés y voluntad del legislador de someter a control el plazo del proceso por el Juez que ejerce las funciones del control de garantías -y reglado en el sistema procesal penal- en virtud del principio medular del Estado de Derecho para no dejar a completo arbitrio del Fiscal la duración de la investigación.

32°. En ese contexto, es claro que el plazo de la suspensión del proceso se produce dentro del marco impuesto por la Ley, no es ilimitado y eterno y se corresponde con la realidad legislativa de la nueva norma procesal y el marco de política criminal del Estado. Por tanto, con los límites racionales

regulados no habría un exceso de tiempo hasta la culminación del proceso con un pronunciamiento que ponga término del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre porque con la previsión de la ley fijando pautas de duración de los procesos no debería existir menoscabo a un juicio justo en un tiempo razonable y donde el derecho de la sociedad a defenderse del delito se armoniza con el del imputado, de modo que no se sacrifica a ninguno de ellos a favor del otro. Con esto debe resaltarse que si bien los actos del procedimiento suspenden el curso de la prescripción de la acción persecutoria, no obstante lo hacen hasta cierto límite."

51

§51. La prescripción de la acción penal en el art. 46º-A y el art. 49ª del Código Penal

Acuerdo Plenario	8-2009/CJ-116
Fecha	13 de noviembre del 2009
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	Calderón Castillo.
Jueces Supremos	Gonzáles Campos, San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Valdez Roca.
Disposiciones estudiadas	Arts. 46º-A, 49º y 80º del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	6° al 13°

RESUMEN:

*Para efectos de determinar la **prescripción de la acción penal** nuestra legislación ha optado por tomar en cuenta la **pena abstracta** fijada para el delito, por lo que su determinación sucede en un estadio previo al hecho delictivo concreto; a diferencia de lo que ocurre en la determinación de la **pena concreta, la cual se da en un estadio posterior y final**, para la que se considerará las circunstancias tanto agravantes como atenuantes, siempre que por sí mismas no constituyan un delito (un injusto).*

La circunstancia prevista en el artículo 46º-A CP es una agravante genérica del delito por la condición del sujeto activo –funcionario público- y, como tal, se trata de un elemento accidental dentro de la estructura del delito que influye en la determinación judicial de la pena –pena concreta-, mas no en la pena abstracta. Es por ello que el incremento de pena que implica dicha agravante no puede ser adicionada para efectos de determinar el plazo de prescripción de la acción penal.

Situación distinta se presenta en el caso de la denominada agravante por pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado -delito masa-, porque si bien se la cataloga como una circunstancia agravante específica del delito continuado, debe tenerse en cuenta que por la forma como ha sido regulada en el artículo 49° CP, constituye ya un delito en sí –delito masa-, por lo que para determinar la prescripción de la acción penal en esta clase de delitos debe tomarse como base dicho marco punitivo abstracto.

FUNDAMENTOS:

"Los artículos 46° -A y 49° CP:

6°. El artículo 46°-A CP regula una circunstancia agravante genérica por la condición del sujeto activo –funcionario público-. El texto legal de dicha norma fue introducido por la Ley número 26758, del 14 de marzo de 1997, modificado por el Decreto Legislativo número 982, del 22 julio de 2007. El referido artículo 46°-A CP posibilita al Juez incrementar la pena hasta un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido –segundo párrafo del artículo mencionado-. Asimismo fija un límite, al precisar que ésta no puede exceder del máximo de pena privativa de libertad temporal establecida en el artículo 29° CP –35 años–.

La norma penal, que es de naturaleza *abstracta – concreta*, fija criterios adicionales propios y legitimadores del incremento de una mayor culpabilidad por el hecho –con la consiguiente agravación de la pena–. Así la ostentación de una determinada condición profesional, incrementará la culpabilidad, cuando existe una relación interna (*innere Beziehung*) entre la profesión o posición del sujeto y el propio hecho delictivo. Empero, no existe un principio jurídico general según el cual los integrantes de determinados grupos profesionales tengan un deber intensificado de comportarse de conformidad con la norma. [JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ: *Teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): Un primer esbozo*, página 4]. Acorde con dicho criterio nuestra norma penal –artículo 46°-A CP–, se sujetará a dichas exigencias: subjetivo y objetivo. Se incrementara la pena, sólo si el sujeto activo se aprovecha de su condición de *miembro* de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público, para *cometer* un hecho punible, o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público o cuando el sujeto

haya desempeñado cargos –haber sido autoridad, funcionario o servidor público– y se aprovecha de los conocimientos adquiridos en el ejercicio de su función para cometer el hecho punible. Y cuando el sujeto activo, desde un establecimiento penitenciario –se entiende privado ya de su libertad–, comete en calidad de autor o partícipe el delito de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, trata de personas, terrorismo, extorsión o secuestro (de conformidad al segundo y tercer párrafo de la modificatoria introducida por el Decreto Legislativo número 982). Aunque con los criterios fijados, se tendrá que tener especiales consideraciones con la última referencia.

7°. El artículo 49° CP, cuyo texto fue modificado por la Ley número 26683, del 11 de noviembre de 1996, prevé el denominado delito continuado: sucesivas violaciones de la misma ley, igual o semejante, cometidas con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, consideradas como un solo delito "continuado". Asimismo, identifica en el último inciso de su primer párrafo la denominada circunstancia agravante específica por pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado: el "delito masa". En este último caso hace referencia al supuesto en el que con las sucesivas violaciones de la misma ley –delito continuado- por parte del agente, hubieran resultado perjudicadas una pluralidad de personas; supuesto en el que el Juez aumentará la pena hasta un tercio de la máxima prevista para el delito más grave.

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

No todos los delitos admiten la figura del delito continuado. En este sentido, "sólo es viable, entonces, en los delitos cuyo injusto sea cuantificable, susceptible de agravación con actos que se realizan en sucesión progresiva (...). No tiene cabida allí donde el injusto se agote necesariamente con un acto único e indivisible, como es el caso de la vida o de los llamados bienes personalísimos, de suyo inacumulables cuando la lesión pasa de un

titular a otro" [JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, autor citado por FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS, *Obra citada*, página 689]

Lo que determina la diferencia entre uno y otro instituto jurídico es que en el delito masa la denominada "pena de arranque" será la pena base del delito continuado [ROCÍO CANTARERO BRANDES, autora citada por IGNACIO GÓMEZ AYALA: *El delito masa*. En Consejo General del Poder Judicial: Unidad y Pluralidad de delitos, Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, página 14], y que podría elevarse hasta un tercio de la máxima prevista para el delito más grave, por lo que sigue considerándose al delito masa como una "subespecie del delito continuado" [ROCÍO CANTARERO BRANDES, autora citada por IGNACIO GÓMEZ AYALA: *Obra citada*, página 16]. El fundamento de la agravación punitiva del delito masa se construye sobre la existencia de un *injusto de mayor gravedad* [IGNACIO GÓMEZ AYALA, *Obra citada*, página 10] al que informa, según nuestra legislación, la pluralidad de personas a las que afecta. El efecto *plus* punitivo de esta figura radica, precisamente, en la posibilidad de aglutinar distintos resultados o perjuicios a fin de erigir una "unidad" sustrayendo de este modo el supuesto a las reglas de los concursos de cuya naturaleza no participa el delito masa. Son elementos del delito masa:

A. la realización de un delito continuado; y,

B. pluralidad de personas perjudicadas por el delito.

Cabe destacar que, al igual que en el delito continuado, la ley excluye la aplicación de las reglas sobre delito masa, en caso de que "resulten afectados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal pertenecientes a sujetos distintos". Se estima como tales a la vida y la salud individual (VÍCTOR PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR: *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2000, página 144).

De modo que, el delito masa viene a ser una circunstancia agravante específica del delito continuado. Se basa en la pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado que ejecuta el agente. En este caso, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave.

La Determinación Judicial de la Pena:

8°. La determinación judicial de la pena viene a ser un procedimiento técnico y valorativo que ha de permitir la concreción cualitativa, cuantitativa y, a veces, ejecutiva de la sanción penal [VÍCTOR PRADO SALDARRIAGA: *Obra citada*, página 95]. Dicha actividad se realiza al final del proceso, es decir, una vez que se han actuado y contradicho las pruebas; sobre este fundamento el Juez considera el hecho acusado como típico antijurídico y culpable. En base a estos dos criterios el Juez se abocará, tal como explica la doctrina, primero, a construir el ámbito abstracto de la pena –identificación de la pena básica-, sobre el que tendrá esfera de movilidad; y segundo, a examinar la posibilidad de una mayor concreción en la pena abstracta –individualización de la pena concreta-. Finalmente entrará en consideración la verificación de la presencia de las "circunstancias" que concurren en el caso concreto.

9°. Las circunstancias del delito son elementos accidentales nominados o innominados dentro de la estructura del delito que influyen en la determinación de la pena. Su carácter accidental implica entonces que no constituyen (ni son co-constitutivas) del injusto ni de la responsabilidad del sujeto. Por eso hay que diferenciarlas de aquellas que han pasado a formar parte del injusto del respectivo delito como en el asesinato, y en general de la mayoría de los delitos, ya que un tipo legal, como es la descripción de un ámbito situacional, requiere ser circunstanciado [JUAN BUSTOS RAMÍREZ: *Derecho Penal - Parte General,* Obra Completas, Tomo I, Ara Editores, Lima, 2004, página 1192]. En virtud a ello es que se señala que sólo se pueden considerar las circunstancias (agravantes o atenuantes) a efectos de la individualización de la pena, cuando no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad. Entre las clases de circunstancias, encontramos:

A. Las "circunstancias comunes o genéricas", que son aquellas que operan en el proceso de determinación de la pena de cualquier delito -como es el caso de las previstas en el artículo 46° y el artículo 46°-A del CP-, con la salvedad de que sólo se pueden considerar dichas agravantes a efectos de la individualización de la pena, cuando no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad, es decir, que a veces por la propia estructura del tipo legal no se pueden aplicar. Con ello se respeta la prohibición del principio de la doble valoración del injusto y del reproche penal.

En el caso específico del artículo 46º - A del CP, su aplicación es exclusivamente para delitos donde no se requiera una cualidad especial en el sujeto activo -miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público-.

B. Las "circunstancias especiales o específicas" que son aquellas que están señaladas para un delito determinado o un grupo de delitos solamente. Así por ejemplo, las previstas en el artículo 189º CP, que operan únicamente con el delito de robo; en el artículo 186º que operan solamente con el delito de hurto; en el artículo 297º que operan solamente con el delito de tráfico ilícito de drogas; y el *"delito masa"* -regulado en el último inciso del primer párrafo del artículo 49º del CP-, que opera únicamente con el delito continuado. Y,

C. Las circunstancias denominadas "elementos típicos accidentales", son aquellas que concurren con una conducta típica. Ésta (la circunstancia) se anexa a una conducta típica y forma un tipo penal derivado, prototipo es el parricidio [VÍCTOR PRADO SALDARRIAGA: *La determinación judicial de la pena. Nuevos criterios para la determinación judicial de la pena*, Centro de Investigaciones Judiciales, Investigación y Publicaciones, Lima, páginas 35 - 37].

Las circunstancias tienen, pues, por objeto una mayor precisión del injusto, es decir, están dirigidas a una mejor consideración graduacional de las valoraciones que lo componen e, igualmente, están en relación al sujeto responsable, se trata de una mejor graduación de su responsabilidad, sobre la base de determinar las circunstancias que han influido en su conciencia y en sus estados motivacionales [JUAN BUSTOS RAMÍREZ/HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉ: *Lecciones de Derecho Penal*, Volumen II, Editorial Trotta, Madrid, 1999, páginas 396-397].

La función de las circunstancias es determinar el *quantum* de la pena, es decir, afectan su medida, ya sea para aumentarla o disminuirla. Por eso mismo, aquellas que por sí mismas constituyen ya un delito (un injusto) o son cofundantes del injusto, no pueden ser tenidas en cuenta, ya que han servido para fijar el marco penal y, por tanto, no podrían nuevamente ser consideradas para su medida [JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Obra citada*, página 1195].

La prescripción de la acción penal:

10°. El CP reconoce la prescripción como uno de los supuestos de extinción de la acción penal. La presencia de la prescripción en el ordenamiento jurídico solamente puede explicarse de manera satisfactoria si se tiene en cuenta la función del Derecho penal, es decir aquellas razones que explican la creación y el mantenimiento a lo largo del tiempo del sistema de normas y sanciones penales del Estado [RAMÓN RAGUÉS Y VALLÉS, *Obra citada*, página 126].

Mediante la prescripción de la acción penal se limita la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y, con él, la responsabilidad del supuesto autor o autores. Su justificación no se encuentra en la imposibilidad de generar determinados efectos futuros castigando hechos pretéritos, como pretenden los planteamientos basados en la función de la pena, sino por la falta de lesividad de tales hechos: los acontecimientos que ya forman parte del pasado no ponen en peligro el modelo social vigente y, por tanto, carecen de contenido lesivo que justifique su sanción [RAMÓN RAGUÉS Y VALLES, *Obra Citada*, página 45].

Dicha institución jurídica se encuentra regulada en el artículo 80° CP, que fija el plazo en el que prescribe la acción penal, el mismo que será igual "*...al máximo de la pena -abstracta- fijada por la ley para el delito*" -prescripción ordinaria-, mientras que el artículo 83° CP reconoce la denominada prescripción extraordinaria de la acción penal, que se produce cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción.

Como es sabido, la regulación de la prescripción de la acción penal está vinculada a la política criminal que adopta el Estado a través del órgano competente –el Congreso o en su caso el Poder Ejecutivo vía facultades delegadas por aquél– conforme a sus potestades. El legislador a la hora de regular la prescripción de los delitos escogió ciertos parámetros objetivos como el tipo de pena y el extremo mayor de la sanción, todo con el fin de procurar, de acuerdo a las características propias de cada delito, un normal desarrollo de la prosecución de la acción penal y del proceso en caso llegue a ejercerse. En nuestra legislación se ha optado que para efectos de la prescripción de la acción penal se ha de tomar en cuenta la pena abstracta fijada para el delito. Dicho factor, en términos de legitimación, servirá

de parámetro para conciliar los intereses del Estado en la persecución del delito y los derechos del ciudadano frente a su poder punitivo.

Así entendido, no hay un derecho a la prescripción, sino más bien el derecho a la seguridad jurídica, a la legalidad, a la tutela jurisdiccional y a la igualdad –como consecuencia de la regulación de la prescripción-, principios que no resultan lesionados por el Estado en tanto los plazos establecidos para la denuncia, investigación y juzgamiento de los delitos establecidos por el legislador sean razonables y estén definidos y limitados por la ley.

Desde el punto de vista material la prescripción importa la derogación del poder penal del Estado por el transcurso del tiempo, en consecuencia, dicho instrumento jurídico es el realizador del derecho fundamental a la definición del proceso penal en un plazo razonable, confirmando el vínculo que tiene este instituto con el Estado de Derecho. Por tanto, la interpretación de la prescripción siempre partirá de criterios de favorabilidad [JOSÉ HURTADO POZO: *Manual de Derecho Penal - Parte General I*, 3ª Edición, Editorial Grijley, Lima, 2005, página 330].

11°. Estando a lo expuesto, queda por determinar si al plazo de prescripción de la acción "*...fijado por la ley para el delito*" [artículo 80° CP], es posible adicionarle el incremento de pena prevista en la circunstancia agravante genérica por condición del sujeto activo (artículo 46°-A CP) o la circunstancia agravante específica por pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado (artículo 49° CP).

Según se ha indicado precedentemente, para efectos de determinar la prescripción de la acción penal nuestra legislación ha optado por tomar en cuenta la pena abstracta fijada para el delito. Ésta se configura como la respuesta preconstituida a un conjunto de hechos que coinciden en construir un determinado tipo de injusto penal, culpable y punible, en el que se contienen los elementos que fundamentan el merecimiento y necesidad de aquella pena-marco. Por ende, su determinación sucede en un estadio previo al hecho delictivo mismo, propio de un sistema penal garantista, regido por el principio de legalidad. Este principio constituye una garantía básica de todo ciudadano en un Estado de Derecho, que abona el derecho a saber no solo qué está prohibido: conductas que constituyen delito, sino las consecuencias que tendrá la realización de la conducta delictiva: forma y característica de la reacción penal, lo que deriva en dos garantías puntuales: la criminal –que exige que la conducta

este prevista en la ley con suficiente precisión o determinación– y la penal –que exige la previsibilidad de las penas en la ley y que sean determinadas-.

La pena concreta, por el contrario, sucede en un estadio posterior y final. Por ello se señala que la determinación judicial de la pena es el acto por el cual el Juez pondera la infracción a la norma y la transforma en una medida de pena determinada (pena concreta), y su magnitud es siempre expresión de la ponderación del ilícito culpable (cuantificación de la culpabilidad) [PATRICIA S. ZIFFER. En: *Determinación judicial de la pena,* (CLAUS ROXIN, MARY BELOFF, MARIO MAGARIÑOS, PATRICIA S. ZIFFER, EDUARDO ANDRÉS BERTONI y RAMÓN TEODORO RÍOS), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, página 91]. Es recién en este momento en el que actuarán las denominadas "circunstancias" (agravantes o atenuantes), siempre y cuando por sí mismas no constituyan ya un delito (un injusto), sean cofundantes del injusto, y en general no estén ya descritas en el tipo penal, puesto que de ser así, debe entenderse que ya habrían servido al legislador para fijar el marco penal abstracto; y, por tanto, no podrían nuevamente ser consideradas para la medida de la pena concreta.

12°. En este sentido, la circunstancia prevista en el artículo 46°-A CP viene a ser una agravante genérica del delito por la condición del sujeto activo –funcionario público- y, como tal, se trata de un elemento accidental dentro de la estructura del delito, que influye en la determinación judicial de la pena –pena concreta-, mas no en la pena abstracta. Su carácter accidental implica que no constituye el injusto ni la responsabilidad del sujeto. Por eso hay que diferenciarla de aquellas circunstancias que han pasado a formar parte del injusto del respectivo delito.

Sin duda, el artículo 46°-A CP prevé un incremento punitivo que mira las especiales calidades del sujeto activo de la conducta típica y antijurídica, a quien se ha investido de especiales deberes de lealtad para con la organización social, lo cual implica un mayor desvalor de acción, que se traduce, al mismo tiempo, en un más elevado desvalor de resultado. Empero, tal incremento punitivo sólo se expresa al momento de la determinación de la pena por el Juez, específicamente cuando corresponde verificar la presencia de circunstancias que concurren al caso concreto. De modo que el incremento de pena que implica dicha agravante no puede ser adicionada para efectos de determinar el plazo de prescripción de la acción penal.

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

13°. Situación distinta se presenta en el caso de la denominada agravante por pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado -delito masa-, porque si bien se la cataloga como una circunstancia agravante específica del delito continuado, debe tenerse en cuenta que por la forma como ha sido regulada en el artículo 49° CP, constituye ya un delito en sí –delito masa-. Por consiguiente, en su regulación se ha creado un nuevo marco penal abstracto –la pena correspondiente al delito más grave más el incremento de un tercio de la máxima prevista para dicho delito-, por lo que para determinar la prescripción de la acción penal en esta clase de delitos debe tomarse como base dicho marco punitivo abstracto." (Sic.)

52

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

Acuerdo Plenario	6-2007/CJ-116
Fecha	16 de noviembre del 2007
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	Lecaros Cornejo.
Jueces Supremos	Salas Gamboa, Sivina Hurtado, San Martín Castro, Villa Stein, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Lecaros Cornejo, Valdez Roca, Molina Ordóñez, Príncipe Trujillo, Santos Peña, Calderón Castillo, Rojas Maraví y Urbina Ganvini.
Disposiciones estudiadas	Arts. 84° del CP. y 297° del ACPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	6° al 10°

RESUMEN:

*La interposición del **recurso de queja** da origen a una cuestión jurídica inédita, centrada en definir si el órgano jurisdiccional vulneró la Constitución. Por su interposición se forma un cuaderno de queja, que opera de forma independiente al expediente principal a través de un procedimiento, sin duda excepcional y autónomo, a mérito del cual el archivo de la causa se suspende hasta que no se resuelva el recurso de queja*

Por tanto, la incoación y trámite del recurso de queja respecto de las resoluciones que ponen fin a la instancia en los procesos sumarios se adecua a las exigencias de los proce dimientos que suspenden la prescripción de la acción penal.

FUNDAMENTOS:

"6°. El Título V "Extinción de la acción penal y de la pena" del Libro primero "Parte General" del Código Penal regula, entre otros aspectos, la suspensión de la prescripción de la acción penal. Según estatuye el artículo 84° del citado Código: *"Si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquél quede concluido"*. La citada disposición legal, así expuesta, exige como presupuestos que determinan el efecto suspensivo del plazo de prescripción, ***en primer lugar***, que preexista o surja ulteriormente una cuestión jurídica controvertida que impida la iniciación o la continuación del proceso penal incoado; y, ***en segundo lugar***, que la decisión que incida sobre la iniciación o continuación del proceso se realice en otro procedimiento, obviamente distinto del que se ve impedido de continuar o del que, por lo anterior, no pueda instaurarse.

7°. La posibilidad de que el Supremo Tribunal conozca de las resoluciones que ponen fin a la instancia en los procesos sumarios –vía recurso de nulidad- pasa por el filtro del ***recurso de queja excepcional*** conforme a lo dispuesto por el apartado dos del artículo 297° del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número 959. El objeto de este recurso extraordinario es, claro está, que la Sala Penal Suprema resuelva la admisibilidad de un recurso de nulidad rechazado por la Sala Penal Superior que actuó como Tribunal Ad Quem. El mencionado recurso será estimado siempre que "...se acredite que la resolución impugnada o el procedimiento que la precedió infringió normas constitucionales o normas con rango de ley directamente derivadas de aquéllas".

Es importante precisar que, como consecuencia de la interposición del recurso de queja, el Superior Tribunal dicta el auto concesorio respectivo y ordena la formación del cuaderno de queja. Éste se eleva al Supremo Tribunal, que absuelve el grado previo dictamen fiscal, y remite copia certificada de la respectiva Ejecutoria Suprema al Colegiado Superior, el que de estimarse el recurso interpuesto concede el recurso de nulidad antes denegado.

En este sentido, se debe dilucidar si la interposición del recurso de queja excepcional suspende los plazos de prescripción.

8°. El primer presupuesto material que determina la suspensión del plazo de prescripción –indicado en el párrafo 6- se presenta, con toda evidencia,

puesto que la interposición del recurso de queja da origen a una cuestión jurídica inédita, centrada en definir si el órgano jurisdiccional de mérito –en concreto, el Tribunal Ad Quem- vulneró la Constitución o, en un sentido más amplio, el bloque de constitucionalidad, de suerte que su dilucidación, más allá o independientemente del propio efecto del recurso en análisis, obliga a establecer si la causa debe o no continuar, si se abre o no una instancia jurisdiccional excepcional. Es decir, impide hasta su dilucidación el archivo definitivo del proceso penal incoado, el mismo que habría operado de no haberse interpuesto el citado recurso.

9°. El segundo presupuesto material que ocasiona la suspensión del plazo de prescripción –precisado, igualmente, en el párrafo 6- también concurre en el presente caso. En efecto, como consecuencia de su interposición se forma un cuaderno de queja, que opera de forma independiente al expediente principal a través de un procedimiento, sin duda excepcional y autónomo, a mérito del cual el archivo de la causa se suspende hasta que no se resuelva el recurso de queja.

10°. Por tanto, "***la incoación y trámite del recurso de queja respecto de las resoluciones que ponen fin a la instancia en los procesos sumarios se adecua a las exigencias de los procedimientos que suspenden la prescripción de la acción penal. En consecuencia, para el cómputo de los plazos de prescripción en el referido supuesto no puede considerarse el lapso comprendido entre la interposición del recurso de queja excepcional, como consecuencia del denegatorio del recurso de nulidad, y la remisión al Tribunal Superior de la copia certificada de la Ejecutoria Suprema que estima el recurso en cuestión y concede el recurso de nulidad respectivo.***"

53

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

Acuerdo Plenario	9-2007/CJ-116
Fecha	16 de noviembre del 2007
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	Prado Saldarriaga.
Jueces Supremos	Salas Gamboa, Sivina Hurtado, San Martín Castro, Villa Stein, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Lecaros Cornejo, Valdez Roca, Molina Ordóñez, Príncipe Trujillo, Santos Peña, Calderón Castillo, Rojas Maraví y Urbina Ganvini.
Disposiciones estudiadas	Arts. 80º, 82° y 83º del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	6° al 10°

RESUMEN:

*Cuando se trate de **delitos cuya pena conminada privativa de libertad tiene un máximo legal superior a veinte años, el plazo ordinario** de prescripción de la acción penal será de veinte años. En tales supuestos el **plazo extraordinario** de prescripción de la acción penal será de treinta años. Y, cuando **la pena que reprime el delito sea la de cadena perpetua,** el **plazo ordinario** de prescripción de la acción penal será de treinta años. Para estos delitos el **plazo extraordinario** de prescripción de la acción penal será de cuarenta y cinco años.*

FUNDAMENTOS:

"6°. El Código Penal distingue de manera sistemática y funcional dos clases de plazos para la prescripción de la acción penal. Es así que en el artículo 80º regula lo concerniente al plazo ordinario y en el artículo 83º in fine hace referencia al plazo extraordinario.

7°. Con relación al plazo extraordinario, la norma antes mencionada precisa que éste se vence cuando "el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad el plazo ordinario de prescripción". Cabe señalar que para ambos tipos de plazos de prescripción el cómputo se inicia observando las reglas que se definen en el artículo 82° del Código Penal.

8°. Ahora bien, tratándose de delitos sancionados con pena privativa de libertad temporal, el plazo ordinario de prescripción corresponde al máximo de la pena conminada en la ley para el delito cometido. Sin embargo, existiendo en el artículo 29° o en diferentes delitos tipificados en la Parte Especial del Código Penal y en leyes penales complementarias la posibilidad legal de que la pena privativa de libertad temporal conminada pueda alcanzar un máximo de 35 años, el artículo 80° del referido Código incluye en su párrafo cuarto un límite cuantitativo excepcional para la prescripción ordinaria en tales casos. Lo mismo ocurre cuando la pena conminada privativa de libertad es la de cadena perpetua.

9°. Al respecto, el legislador ha precisado en dicho párrafo que el plazo ordinario de prescripción para delitos sancionados con pena privativa de libertad temporal siempre será de veinte años y en hechos punibles reprimidos con pena de cadena perpetua de treinta años. No obstante, es de destacar que tales límites excepcionales sólo operan en relación al plazo ordinario de prescripción de la acción penal; no afectan en nada, ni menos excluyen la operatividad de las reglas que regulan el cómputo del plazo extraordinario de prescripción de la acción penal, y que se precisan en el párrafo final del artículo 83° del Código Penal.

10°. En consecuencia, cuando se trate de delitos cuya pena conminada privativa de libertad tiene un máximo legal superior a veinte años, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal será de veinte años. En tales supuestos el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de treinta años. Y, cuando la pena que reprime el delito sea la de cadena perpetua, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal será de treinta años. Para estos delitos el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de cuarenta y cinco años."

54

§54. La formalización de la investigación frente a la prescripción de la acción penal

Casación	383-2012-LA LIBERTAD
Fecha	15 de octubre de 2013
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Villa Stein.
Jueces Supremos	Villa Stein, Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Neyra Flores, Morales Parraguez.
Disposiciones estudiadas	Art. 182° del CP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	4° considerando

RESUMEN:

La suspensión del plazo prescriptorio no es indeterminado o ilimitado, sino que éste tiene como límite un tiempo equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo, tal como lo ha establecido el Acuerdo Plenario tres guión dos mil doce oblicua CJ guión ciento dieciséis.

FUNDAMENTOS:

4.8. Siendo así, estamos frente a un delito de naturaleza omisiva, lo cual es acorde a la imputación fáctica que pesa contra el procesado, toda vez que se le atribuye que en su condición de representante legal de una persona jurídica dedicada a actividades extractivas, omitió realizar una actuación debida para controlar el peligro de dicha actividad de riesgo desarrollada en el ámbito de su dominio (por la gran diversidad de sustancias químicas que se utilizan, que pueden producir resultados potencialmente lesivos al bien jurídico protegido), infringiendo así una ley dispositiva (dispositivos medioambientales) y una

prohibitiva (no contaminar), a pesar que suscribió un contrato, donde a su firma asumió voluntariamente el compromiso de implementar el Plan de pasivos ambientales, de acuerdo con la legislación medioambiental; por tanto, el agente tenía el deber de vigilar una fuente de peligro determinada, constituida por los impactos negativos como son los vertidos a través de los efluentes acuíferos al río Sayapullo -conforme lo señala la Disposición fiscal número siete, de fojas uno, en el que precisa que el Informe número cero cero cinco punto diez oblicua DESA oblicua DEPA oblicua JFDC, concluye que las muestras tomadas en la inspección del Cerro Sayapullo superan el estándar de calidad ambiental de agua, establecido por el Decreto Supremo número cero dos guión dos mil ocho guión MINAM punto RJ punto cero doscientos dos guión dos mil diez guión ANA y del Informe Pericial de Ingeniería Forense número ITQ cero setenta y tres guión diez, emitido por el Laboratorio Regional de Criminalística III DIRTEPOL de la Policía Nacional del Perú-. En ese sentido, la omisión está referida a la falta de implementación de las medidas para la correcta eliminación de los residuos, a pesar que conocía de la propia situación generadora del deber, como de la posibilidad de realización de la acción debida.

4.9. Ahora bien, corresponde analizar la fase de consumación del delito, esto es si se trata de un delito de carácter permanente o de comisión instantánea con efectos permanentes; al respecto, debemos precisar que el primero se refiere a que la acción delictiva se pueda prolongar en el tiempo, pues el estado de antijuridicidad no cesa y se mantiene durante un período cuya duración está puesta bajo la esfera de dominio del agente, se diferencia con los delitos denominados de comisión instantánea con efectos permanentes, en que en estos el tipo se consuma en un instante, pero sus consecuencias permanecen en el tiempo, en cambio en los permanentes la mantención del resultado sigue importando consumación (Véase: GARRIDO MONTT, Mario, Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, mil novecientos ochenta y cuatro, página ciento setenta y cuatro). En el presente caso, nos encontramos ante un delito omisivo de carácter permanente, toda vez que para la consumación requiere, de la realización de todos los elementos constitutivos de la figura legal, generando una mínima extensión temporal de la acción, ya que su estado antijurídico dentro de la circunscripción del tipo se prolonga temporalmente merced a la voluntad del autor (Véase: BORJA JIMÉNEZ, E. La terminación del delito, ADPCP. Fascículo I, 1995, página ciento uno), pues se le atribuye al representante legal de la empresa Corporación Minera San Manuel Sociedad Anónima, el omitir la implementación del Plan de pasivos ambientales y la renuencia a dar cumplimiento a los dispositivos medioambientales, conducta

atribuible dada la probabilidad de que el daño resulte irreparable, no siendo necesario demandar daño efectivo sino uno potencial.

4.10. En tal sentido, habiéndose establecido que **es un delito permanente, corresponde la aplicación del inciso cuatro, del artículo ochenta y dos del Código Penal, el cual establece que el momento a partir del cual empieza a computarse el plazo para la prescripción de la acción penal, es "a partir del día en que cesó la permanencia"**, y como quiera que el procesado en su condición de representante legal de la empresa minera recién con fecha siete de enero de dos mil once, obtuvo la aprobación del Plan de Cierre de Pasivos Ambientales de acuerdo al artículo treinta de la Ley número veintiocho mil seiscientos once - Ley General del Ambiente -dichos planes de tratamiento de pasivos ambientales están dirigidos a remediar los impactos ambientales originados por uno o varios proyectos de inversión o actividades, pasados o presentes-, por lo que la acción delictiva (omisión) se ha mantenido en el tiempo de manera permanente, cesando recién el siete de enero de dos mil once; momento a partir del cual debe computarse el plazo prescriptorio; debiendo tenerse presente lo preceptuado por el artículo ochenta del Código Penal de mil novecientos noventa y uno, que señala: "La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es pena privativa de libertad", por lo tanto el plazo ordinario de prescripción de la acción penal es de tres años; sin embargo, **al haberse formalizado la investigación -conforme se verifica de la Disposición fiscal, obrante a fojas uno-, se suspende el curso de la prescripción de la acción penal, el cual no puede prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario más una mitad de dicho plazo -tal como lo establece el Acuerdo Plenario número tres guión dos mil doce oblicua CJ guión ciento dieciséis-**; por lo que, en todo caso vence indefectiblemente a los cuatro años y seis meses, esto es el día siete de julio del año dos mil quince; en consecuencia, debe revocarse la resolución impugnada, debiendo declararse infundada la excepción de prescripción de la acción penal.

4.11. Que, el representante del Ministerio Público cuestionó la resolución impugnada, al sostener que se atenta contra la autonomía del Ministerio Público, pues se está discrepando con la calificación jurídica realizada por éste; al respecto debemos indicar que no se está afectando el principio acusatorio o de contradicción, pues no se está variando la imputación fáctica realizada por el órgano fiscal; sin perjuicio de lo expuesto, se debe tener en cuenta que el Juzgador de acuerdo a sus facultades reconocidas en la Constitución Política del Estado, su Ley Orgánica y dispositivos procesales, puede realizar una correcta adecuación de la conducta al

tipo penal, pues debe velar por el respeto del principio de legalidad en atención a que es un Juez de Garantía, por lo que ante el hecho concreto debe aplicar la norma que corresponda aún en contra de la errónea acusación -si ese fuera el caso-, así la calificación jurídica realizada por el Ministerio Público en la acusación, puede ser modificada por el Juzgador en las resoluciones el auto de apertura de instrucción, en el auto de enjuiciamiento o en una sentencia condenatoria, en virtud a la tesis de la desvinculación, siempre que se respeten ciertos requisitos, conforme lo ha establecido el Acuerdo Plenario número cuatro guión dos mil siete oblicua CJ guión ciento dieciséis, como es i) la homogeneidad del bien jurídico protegido, ii) no se plantee a efectos de introducir una circunstancia atenuante o variar el grado del delito o el título de participación, y iii) cuando se está ante un manifiesto error en la tipificación fácilmente constatable para la defensa. Así mismo, no se estaría quebrantando el rol del Ministerio Público ni su autonomía, siendo que la formalización de denuncia realizada por este organismo constitucional autónomo, posee una estructura fáctica y jurídica, correspondiendo finalmente al Juzgador la adecuación de la conducta penal a la imputación fáctica, en atención además al principio iura novit curia, por el cual el Juez debe aplicar el derecho que corresponde al proceso, por lo tanto no se ha afectado en modo alguno el principio de correlación o congruencia procesal, principio acusatorio, el derecho de defensa y al principio de contradicción; por tanto no se está desconociendo la naturaleza de la imputación en el presente caso.

4.12. Finalmente, el titular de la acción penal cuestionó la resolución recurrida, al considerar que la Sala Superior de Apelaciones se apartó del precedente vinculante uno guión dos mil diez, que establece la vigencia del artículo trescientos treinta y nueve del Código Procesal Penal, al establecer que la Formalización de la Investigación Preparatoria suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal, dispositivo que no se ha tenido en cuenta, a pesar que se invocó a efectos de que se rechace la pretensión de la defensa; al respecto, debemos indicar que lo señalado por el Fiscal Superior es erróneo, toda vez que la suspensión del plazo prescriptorio no es indeterminado o ilimitado, sino que éste tiene como límite un tiempo equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo. En efecto, dicho Acuerdo Plenario que luego fue aclarado mediante el Acuerdo Plenario tres guión dos mil doce oblicua CJ guión ciento dieciséis, en su fundamento treinta y dos, ha dejado claramente establecido que "el plazo de suspensión del proceso se produce dentro del marco impuesto por la Ley, no es ilimitado y eterno y se corresponde con la realidad legislativa de la nueva norma procesal y el marco de política criminal del Estado". Ello es acorde con los derechos fundamentales consagrados y reconocidos internacionalmente

en los Pactos del cual nuestro país es parte suscriptor como son la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, toda vez que un proceso penal no puede convertirse en interminable, como es el derecho de toda persona a ser procesada en un plazo razonable, que forma parte del Derecho Fundamental al debido proceso y todo proceso no puede ser indefinido en el tiempo, ya que se distorsionaría el instituto de la prescripción y se haría inoperante subsecuentemente."

55

§55. Improcedencia de la conversión de las penas luego de la emisión de sentencia condenatoria

Casación	347-2011-LIMA
Fecha	14 de mayo de 2013
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Villa Stein.
Jueces Supremos	Villa Stein, Pariona Pastrana, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Rozas Escalante.
Disposiciones estudiadas	Art. 83° del CP y art. 339° del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	4° considerando

RESUMEN:

No es cualquier actividad realizada por el Ministerio Público, sino aquellas de entidad suficiente, en las que se aprecia que se ha efectuado una imputación válida contra el procesado, tales como la disposición que apertura las diligencias preliminares con imputación a una persona por cargos en su contra; pues sólo así, tenemos la certeza que los efectos del proceso penal pueden recaer sobre una persona determinada.

Las actuaciones del Ministerio Público respecto de otros procesados, no interrumpen el plazo ordinario de prescripción de una persona que aún no ha sido incluida como partícipe en la investigación o procesamiento del hecho delictivo, ni pueden sus efectos serles extensivos.

FUNDAMENTOS:

IV. FUNDAMENTO DE DERECHO:

4.1. Del ámbito de casación:

Conforme se ha señalado líneas arriba, mediante Ejecutoria Suprema del diecisiete de febrero de dos mil doce, admitió a trámite el recurso de casación, la causal de *indebida interpretación de la ley penal,* contenida en el artículo cuatrocientos veintinueve, inciso tres del Código Procesal Penal.

4.2. Los agravios que invoca, admitidos por el Tribunal Superior, son:

Que la Sala Superior aplicó indebidamente el artículo ochenta y ocho del Código Penal, ya que dicha norma jurídica penal no era aplicable a los supuestos de hecho, toda vez que no señala que las actuaciones del Ministerio Público sean personales o individualizadas para que tengan el efecto de la interrupción de la prescripción, por el contrario dicha norma se orienta a que al amparo de una prescripción respecto de un autor o partícipe del hecho punible, no alcanza a los imputados si su situación no es similar. Por tanto, debió aplicarse el artículo ochenta y tres del Código Penal, pues se dio la interrupción de la acción penal con las actuaciones del Ministerio Público.

DEL MOTIVO CASACIONAL: INDEBIDA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL

4.3. En principio, la prescripción es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o la renuncia del Estado al *ius puniendi,* en razón de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de la misma, encontrando su fundamento constitucional en el último párrafo del artículo cuarenta y uno como en e artículo ciento treinta y nueve, inciso trece de la Constitución.

4.4. Para ello, la ley penal (en el artículo ochenta del Código Penal), fija un periodo o plazo después del cual la acción penal no puede incoarse, el cual constituye un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito si es privativa de libertad. A su vez, el artículo ochenta y dos del Código Penal, precisa que el plazo de prescripción de la acción penal comienza en el delito instantáneo a partir del día siguiente que se consumó. En el caso de autos, en

encausado Peña Arrunátegui, se encuentra procesado, por el delito de Colusión desleal, previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, el cual es considerado un delito instantáneo y tuvo lugar en el caso examinado el día veintidós de mayo de mil novecientos noventa y cinco, cuando el acusado recibió un pago de cien mil dólares, por concepto de honorarios profesionales .

4.5. Para el computo de la prescripción, se tiene que el delito de Colusión desleal, tipificado en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, se encuentra reprimido con pena privativa de libertad no mayor de quince años, indicando el cómputo desde la fecha de consumación del delito, se tiene que el plazo de quince años equivalente al máximo de la pena legal aconteció indefectiblemente el veintidós de mayo de dos mil diez. No obstante, La Fiscalía comprendió recién en forma expresa al procesado Peña Arrunátegui, mediante la denuncia penal contra el encauzado Peña Arrunátegui el veinticinco de noviembre del dos mil diez, la cual fue recepcionada por el juzgado el nueve de enero de dos mil once, tal como se aprecia a fojas doscientos veintiuno, cuando la acción penal ya se había extinguido (prescripción ordinaria); no cumpliéndose uno de los requisitos sustanciales para que el Ministerio Público pueda proceder a formalizar válidamente la investigación, tal como lo exige el artículo trescientos treinta y seis, inciso uno del Código Procesal Penal.

4.6. A su vez, el artículo ochenta y tres del Código Penal, establece en qué circunstancias se interrumpe el plazo de la prescripción y comienza a computarse uno nuevo, operando en todo caso el plazo de la prescripción extraordinaria, las cuales son: a) Por las actuaciones del Ministerio Público. b) Por actuación de autoridades judiciales; y c) Por la comisión de un nuevo delito doloso. Para interpretar dicha norma, el Juez debe realizarla con sujeción a la Constitución Política del Estado, en forma restrictiva y respetando el principio de legalidad.

4.7. Estando a lo expuesto, debemos determinar en el caso concreto cuales son las actuaciones del Ministerio Público, que interrumpen el plazo ordinario de prescripción; **al respecto, debe precisarse que no es cualquier actividad realizada por el Ministerio Público, sino aquellas de entidad suficiente, en las que se aprecia que se ha efectuado una imputación válida contra el procesado, tales como la disposición que apertura las diligencias preliminares con imputación a una persona por cargos en su contra; pues sólo así, tenemos la certeza que los efectos del proceso penal pueden recaer sobre una persona determinada**; pues aún cuando se haya recepcionado la declaración de un sujeto, si éste no ha sido comprendido en forma expresa en el proceso bajo una imputación válida, no se le considerará como una actuación realizada por el Ministerio Público

tendiente a interrumpir el plazo ordinario de prescripción, toda vez que puede ser que esté declarando en calidad de testigo, no existiendo certeza o precisión de que se encuentre comprendido en el proceso penal; ello en resguardo a los derechos fundamentales que le asisten al procesado, tales como ser informado de la imputación, su derecho de defensa, el principio de igualdad de armas, entre otros.

4.8. En consecuencia, **las actuaciones del Ministerio Público respecto de otros procesados, no interrumpen el plazo ordinario de prescripción de una persona que aún no ha sido incluida como partícipe en la investigación o procesamiento del hecho delictivo, ni pueden sus efectos serles extensivos**; por ello, el artículo ochenta y ocho del Código Penal, establece que los plazos de prescripción corren, se interrumpen o suspenden en forma para cada uno de los partícipes del hecho punible.

4.9. Por lo expuesto, habiéndose demostrado que el Ministerio Público comprendió en el presente proceso, recién en forma expresa y plena al procesado Peña Arrunátegui, cuando ya había transcurrido el plazo de prescripción ordinario de la acción penal, en razón al delito de Colusión desleal, objeto de imputación y no evidenciándose que haya operado la interrupción o suspensión del plazo de prescripción por alguna actuación realizada por el Fiscal o Juez, respecto de dicho encausado; por ende, el plazo rescriptorio para el procesado Peña Arrunátegui ha seguido corriendo en forma independiente de los demás procesados, configurándose así el plazo de prescripción ordinaria; por lo tanto, este Supremo Tribunal considera que la interpretación desarrollada por la Sala Superior, que declaró fundada la excepción de prescripción, es acorde a derecho, pues resguardó los derechos fundamentales del procesado y realizó una correcta interpretación del artículo ochenta y ocho del Código Penal

56

§56. Inaplicabilidad de la institución de la prescripción penal en casos de violaciones de Derechos Humanos

Recurso de Nulidad	2117-2010/LIMA
Fecha	31 de enero del 2013
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martin Castro, Prado Saldarriaga, Salas Arenas, Tello Gillardi
Disposiciones estudiadas	Art. 82º y 83º del CP. y Ley Nº 27351

RESUMEN:

Que la CIDH no sólo ha determinado la imposibilidad de invocar la prescripción en casos de graves violaciones de derechos humanos -por todos, la SCIDH recaída en el caso Goiburú y otros vs. Paraguay, del veintidós de septiembre de dos mil seis, párrafo cuarenta y cinco-. Entre estos supuestos se encuentran la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos -por todos, SCIDH recaída en el caso Barrios Altos vs. Perú, del catorce de marzo de dos mil uno, párrafo cuarenta y uno-, y que constituyen crímenes bajo el Derecho Internacional.

Lo grave de las violaciones de los derechos humanos, lo da el carácter de inderogables de los derechos humanos afectados. Ahora bien, fuera de los casos de "graves violaciones de los derechos humanos", tampoco es posible aceptar la figura de la prescripción cuando existiendo violaciones a los derechos previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos u otra norma, disposición, acuerdo o declaración internacional "...ha quedado claramente probado que el transcurso del tiempo ha sido determinado por actuaciones u omisiones procesales dirigidas, con clara mala fe o negligencia, a propiciar o mantener la impunidad".

Que, como la propia CIDH ha determinado reiteradamente, (I) el derecho a la tutela judicial efectiva exige a los Jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección de los derechos humanos. Asimismo; que (II) corresponde a los Jueces velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no se vean mermadas.

Es decir, que la prescripción cede ante los derechos de las víctimas cuando se presentan situaciones de obstrucción de la obligación de identificar, juzgar y sancionar a los responsables de un delito.

FUNDAMENTOS:

PRIMERO. Que el señor Fiscal Adjunto Superior en su recurso formalizado de fojas quinientos nueve alega lo siguiente: 1) Que al presente caso se aplica el artículo 4W-A del Código Penal, que crea un nuevo marco penal abstracto, cuyo extremo máximo corresponde a un tercio por encima del máximo de la pena fijada para el delito imputado, por lo que si se toma en cuenta la fecha de referencia consignada por la Sala Superior: el dieciséis de septiembre de dos mil, a la fecha la acción penal no ha prescrito. 2) Que el delito de asociación ilícita para delinquir es permanente, por lo que el plazo de prescripción empieza a contarse desde la detención de las personas en flagrante delito o por mandato judicial, en consecuencia, no es de recibo tomar como fecha de referencia el dieciséis de septiembre de dos mil. 3) Que la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaída en el caso Ivcher Bronstein contra Perú, del seis de febrero de dos mil uno, determinó que el Estado debía investigar los hechos quegeneraron las violaciones contra los derechos del afectado Ivcher Bronstein para identificar y sancionar a los responsables, en este caso, a los miembros de la organización criminal liderada por Alberto Fujimori Fujimori y Vladimiro Montésinos Torres, en cuya virtud son inadmisibles las disposiciones de prescripción que pretenda impedir el procesamiento y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos del citado afectado.

SEGUNDO. Que el abogado de la encausada Chávez Aragón en su recurso formalizado de fojas quinientos veintiuno sostiene que su patrocinada nunca se personó al proceso, que no conoce del proceso abierto en su contra y que al quebrarse la audiencia con fecha veintitrés de octubre de dos mil dos la causa se retrotrae: al inicio del proceso de enjuiciamiento, por lo que no cabe suspensión de la acción: penal y las reglas de la prescripción no pueden ser inaplicadas.

TERCERO. Que la defensa de la encausada Valladares Alarcón en su recurso formalizado de fojas quinientos veintidós afirma que la resolución

impugnada no tiene carácter aclaratorio, ni tampoco se trata de un error en la consignación de nombres: De otro lado, el hecho de haberse interrumpido o quebrado la audiencia importa la nulidad de todas las decisiones que puedan perjudicar a los acusados.

CUARTO. Que la imputación, como base inicial, se sustenta en que en el aparato estatal se formó una organización criminal con múltiples ámbitos de acción ilícita. En cuanto al sistema de justicia, incorporó a una parte significativa del Poder Judicial y el Ministerio Público, de suerte que se estaba en capacidad de negociar con terceros el resultado de procesos jurisdiccionales a cambio de resultados de relevancia política o económica. Parte de esa organización la integraban los acusados -entre jueces y fiscales- Egas Contreras, Trujillo López, Escobar Lino, Martínez Candela, Valladares Alarcón, Salvatierra Valdivia y Chávez Aragón, quienes participaron en determinadas investigaciones y/o procesos jurisdiccionales, de su competencia, para adoptar decisiones o posiciones jurídicas previamente concertadas, directa o indirectamente, con el Servicio de Inteligencia bajo la conducción real o material de Vladimiro Montesinos Torres a favor del régimen de ese entonces.

La acusación de fojas treinta a trescientos once identifica los siguientes casos en que los imputados, individual o colectivamente –todos algunos-, intervinieron para torcer la justicia y decidir a favor de lo que la organización delictiva en cuestión estimaba favorable a sus intereses políticos o económicos [supuestos de corrupción de funcionario sistémica sobre la base de la influencia y penetración de la misma en el sistema de justicia]: 1. Caso Mufarech Nemy. 2. Caso Ivcher Bronstein. 3. Caso Gonzáles Izquierdo. 4. Caso interceptaciones telefónicas. 5. Caso libertad del hermano de Jackeline Beltrán. 6. Caso del atentado contra el departamento del congresista Fernando Olivera Vega. 7. Caso Luchetti.

En función a tales datos estructurales y hechos o conductas desarrolladas por los acusados se les acusó por los delitos asociación ilícita para delinquir, corrupción de funcionario y prevaricato. Así, a Escobar Lino y Trujillo López: asociación ilícita para delinquir, corrupción de funcionario y contra éste último también por prevaricato; a Valladares Alarcón y Salvatierra Valdivia: asociación ilícita para delinquir y corrupción de funcionario; y, a Egas Contreras y Chávez Aragón: asociación ilícita para delinquir.

QUINTO. Que, en principio, es de rigor precisar la fecha de comisión de los delitos acusados:

1. El delito de asociación ilícita para delinquir, en tanto delito autónomo y de carácter permanente, tiene, como es obvio, sus propias reglas y criterios de

imputación, sin desconocer la necesaria aplicación de las pautas del Derecho Penal General. En el presente caso, si se trata de una asociación ilícita generada desde el propio Estado para cumplir cometidos delictivos, la cesación de la permanencia de ésta (artículo 82° apartado 4 del Código Penal) estará ligada no sólo al hecho -puramente formal- de la publicación de la Ley que desactivó al Servicio de Inteligencia Nacional -Ley número 27351, del once de octubre de dos mil- o del reemplazo del régimen en cuyo ámbito se creó, estabilizó, actuó y desarrolló -surgimiento del nuevo Ejecutivo dirigido por el Presidente Paniagua Corazao-, sino desde el momento en que, luego de identificarse a sus posibles integrantes, descubrirse su <*modus operandi*> y detectarse las conductas punibles alrededor de las cuales actuaron -conjunto unitario de sucesos históricos reconducibles a figuras típicas-, se procedió a concretar investigaciones específicas que dieron curso a la promoción de la acción penal. En este caso: el diez de abril de dos mil dos, fecha de la Resolución de Fiscalía de la Nación número quinientos noventa y seis guión dos mil dos guión MP guión FN, que luego de las investigaciones correspondientes declaró fundada la denuncia del Procurador Público Ad Hoc y dispuso se remitan las actuaciones a los Fiscales correspondientes para la promoción de la acción penal respectiva.

Cabe precisar que si bien en fecha anterior cayó el régimen a partir del cual se configuró y actuó la asociación ilícita en cuestión, ésta tiene su propia dinámica y posibilidades de reestructuración, de suerte que en este ámbito tan difuso sólo puede ser relevante, en clave material, aquel momento en el cual se produjo la desarticulación efectiva -y no aparentemente formal- de la misma, no necesariamente con un mandato de detención judicial o un procesamiento penal, sino cuando esclarecidos determinados actos penalmente relevantes -que importen lo anotado líneas arriba- se procede a su persecución procesal, lo que importa es que se concreten actos de investigación que permitan concluir razonablemente que la organización delictiva fue desarticulada, que ya no podía operar.

2. delito de prevaricato se concreta d consuma con la efectiva emisión de decisiones de Jueces y Fiscales contrarias al texto expreso y claro de la ley o citan pruebas inexistentes o hechos' falsos, o se apoyan en leyes supuestas o derogadas. Al encausado Trujillo López se le atribuye este delito, cometido en el curso del año dos mil. "

Por consiguiente, el *dies a quo,* en tanto el tipo legal de prevaricato es un cielito instantáneo, se consumó esa fecha, a partir de la cual (artículo 82° apartado 2 del Código Penal) corre el término de la prescripción conforme a las reglas de los artículos ·80° y .83' del Código Penal.

SEXTO. Que ,el auto recurrido se ha sustentado exclusivamente en las normas y jurisprudencia de derecho interno -Código Penal y sus modificatorias, Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema y sentencias del Tribunal Constitucional-, sin atender a las consecuencias que prevé el Derecho Internacional de los Derechos Humanos -en adelante, DIDH-: Esto último es determinante porque uno de los supuestos de, intervención delictiva atribuido a los 'imputados es el denominado "Caso Ivcher 'Bronstein"; respecto del cual existe una sentencia y varias resoluciones de ejecución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -en adelante, la CIDH-.

En este ,caso, la CIDH declaró que se violaron diversos derechos fundamentales, reconocidos en la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, tales como: derecho a la nacionalidad, a las garantías judiciales, a la protección judicial, a la propiedad privada y a la libertad de expresión del afectado Baruch Ivcher Bronstein; y, entre otros puntos, dispuso que *"...el Estado debe investigar los hechos que generaron las violaciones establecidas en la presente Sentencia para identificar y sancionar a los responsables de las mismas"* [SCIDH del seis de febrero de dos mil uno]. Asimismo, puntualizó que *"...si bien la prescripción es una garantía del debido proceso que debe ser observada debidamente por el juzgador para todo imputado de un delito, la invocación y aplicación de la misma es inaceptable cuando ha quedado claramente probado que el transcurso del tiempo ha sido determinado por actuaciones u omisiones procesales dirigidas, con clara mala fe o negligencia, a propiciar o permitir la impunidad (...)"* [RCIDH del veinticuatro de noviembre de dos mil nueve y veintisiete de agosto de dos mil diez].

En las resoluciones de supervisión se parte del principio de que la sentencia de fondo de la CIDH debe ser cumplida, y que a ello no obsta, conforme al Derecho Internacional, circunstancias de orden interno; una de ellas es, por cierto, el instituto de la prescripción.

SÉPTIMO. Que la CIDH no sólo ha determinado la imposibilidad de invocar la prescripción en casos de graves violaciones de derechos humanos -por todos, la SCIDH recaída en el caso Goiburú y otros vs. Paraguay, del veintidós de septiembre de dos mil seis, párrafo cuarenta y cinco-. Entre estos supuestos se encuentran la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos -por todos, SCIDH recaída en el caso Barrios Altos vs. Perú, del catorce de marzo de dos mil uno, párrafo cuarenta y uno-, y que constituyen crímenes bajo el Derecho Internacional (RENATA BUERON VALENZUELA: Graves violaciones a los Derechos Humanos

y al Derecho Internacional Humanitario. ¿Por qué ante una instancia jurisdiccional internacional? Corte Suprema de Justicia de la Nación. México. Dos mil siete. Página doce). Lo grave de las violaciones de los derechos humanos, lo da el carácter de inderogables de los derechos humanos afectados. Ahora bien, fuera de los casos de "graves violaciones de los derechos humanos", tampoco es posible aceptar la figura de la prescripción cuando existiendo violaciones a los derechos previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos u otra norma, disposición, acuerdo o declaración internacional *"...ha quedado claramente probado que el transcurso del tiempo ha sido determinado por actuaciones u omisiones procesales dirigidas, con clara mala fe o negligencia, a propiciar o mantener la impunidad"* (RCIDH de Supervisión caso Loayza Tamayo vs. Perú, del uno de julio de dos mil once, párrafo cuarenta; y, RCIDH de Supervisión caso Ivcher Bronstein vs. Perú, del veintisiete de agosto de dos mil diez, párrafo trece).

La impunidad ha de entenderse corno la *"falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena a los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares"* (por todas, SCIDH recaída en el caso Bulacio vs. Argentina, del veintiocho de septiembre de dos mil tres, párrafo ciento veinte).

OCTAVO. Que es obvio que no es posible calificar los hechos acusados como "graves violaciones de los derechos humanos". Sin embargo, también es verdad que se trata de conductas, hechos, supuestos casos patentes o evidentes de violaciones de los derechos humanos, en especial, a la protección judicial y a las garantías judiciales -sin perjuicio a otros derechos previstos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos-.

Las afectaciones a los derechos de Baruch Ivcher Bronstein -tema decidido por la CIDH- tienen un mismo patrón con los casos objeto del juicio: intervención de una organización delictiva, instituida dentro del aparato estatal y con la adscripción de determinados Jueces y Fiscales, para que *(i)* manipulen la justicia, *(ii)* afecten los derechos de los ofendidos y *(iii)* se logren decisiones favorables a los intereses políticos del régimen de turno o económicos -dé claro carácter criminal- de quienes la integraban y/o dirigían.

Tal conexidad e ínsita gravedad permite *(i)* abordar bajo el mismo prisma todas las intervenciones que, al amparo de la citada organización delictiva, realizaban sus integrantes, en concreto los hechos y delitos acusadas; y, *(ii)* concluir que lo que habrían realizado los imputados -según la acusación fiscal- obedecía a un propósito

64

§64. Tercero civilmente responsable

Recurso de nulidad	705-2018-HUANCAVELICA
Fecha	17 de mayo de 2018
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Sequeiros Vargas.
Disposiciones estudiadas	Art. 99 del CP

RESUMEN:

Es de aplicación al presente caso el artículo 216 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo número 014-92-EM, que establece la solidaridad de las obligaciones y responsabilidades entre el titular del derecho minero y el tercero que ejecute o conduzca trabajos propios para la explotación de la concesión minera. Cabe puntualizar que la empresa Contratista Minera Geodrilling fue contratada precisamente para realizar trabajos de explotación en la concesión minera de la Compañía Minas Buenaventura; luego, como los hechos están vinculados a la actividad de explotación de la empresa Contratista Minera Geodrilling que realizaba para Compañía Minas Buenaventura, por imperio de dicha disposición legal, se impone la solidaridad en la responsabilidad en que incurrió la primera por parte de la segunda. El precepto citado es especial. Se circunscribe a la actividad minera y, específicamente, a trabajos propios para la explotación de la concesión minera que realizan terceros por cuenta del titular del derecho minero.

FUNDAMENTOS:

1. De la pretensión impugnativa del tercero civil

PRIMERO. Que este Supremo Tribunal conoce del presente recurso de nulidad porque se declaró fundado el recurso de queja excepcional que promovió, conforme a la Ejecutoria Suprema de fojas mil trescientos cinco, de dieciocho de mayo de dos mil diecisiete.

SEGUNDO. Que la Compañía Minas Buenaventura, tercero civil responsable, en su recurso formalizado de fojas mil ciento cuarenta y siete, de diez de mayo de dos mil dieciséis, instó se reforme la sentencia de vista y se revoque la sentencia de primera instancia excluyéndola del pago de la reparación civil. Alegó que se aplicó e interpretó erróneamente el artículo 95 del Código Penal, el artículo 9 de la Ley 29245 y el artículo 25 de la Ley número 27626, así como una sentencia casatoria y una sentencia constitucional; que quien expuso en peligro la vida del agraviado Abrigo Luque fue la empresa Contratista Minera Geodrilling EIRL; que Minas Buenaventura celebró un contrato de servicios de tercerización de perforación de diamantina con la empresa Contratista Minera Geodrilling EIRL, empresa que a su vez contrató al agraviado; que, por tanto, es ajena a lo sucedido con este último pues el agraviado era subordinado de la empresa Contratista Minera Geodrilling EIRL; que las normas invocadas no son aplicables al presente caso por no referirse a accidentes laborales.

2. De los hechos objeto del proceso

TERCERO. Que la empresa Geodrilling EIRL celebró un contrato de trabajo sujeto a modalidad por obra o servicio específico con el agraviado Abrigo Luque, en cuya virtud realizaría labores de chofer y ayudante de los trabajados de perforación de diamantina en la unidad de producción Julcani desde el uno de marzo de dos mil diez hasta el treinta y uno de mayo de dos mil diez. Es del caso que el día treinta de mayo de dos mil diez, el supervisor de la empresa Greodrilling, Sabino Oswaldo Alfaro Luque, ordenó al agraviado Abrigo Luque que ese día a las cuatro horas con treinta minutos conduzca la camioneta de placa de rodaje PDQ guión doscientos cuarenta y tres, de la localidad de Ccochaccsa hacia el Campamento de Julcani a fin de recoger trabajadores mineros –el agraviado había laborado el día anterior desde las siete de la mañana hasta las siete de la noche y había participado en una reunión costumbrista–, pero cuando se encontraba a un kilómetro del Campamento, por el cansancio, se quedó dormido

y perdió el control de la camioneta en una curva, se despistó hacia un barranco y se cayó a un desnivel de doscientos cincuenta metros, a consecuencia de lo cual perdió la vida. El agraviado, incluso, no tenía licencia de conducir categoría A-III –requisito necesario para ser chofer dentro de las actividades mineras–. Como la empresa Contratista Minera Geodrilling EIRL había suscrito un contrato de perforación Diamantina, el cuatro de julio de dos mil ocho, con la Compañía Minas Buenaventura, los órganos judiciales de mérito estimaron que tenía responsabilidad civil por esos hechos. Se le atribuyó responsabilidad civil indirecta y el pago solidario de la reparación civil conjuntamente con el responsable directo Alfaro Luque y el responsable indirecto empresa Contratista Minera Geodrilling EIRL.

3. De la absolución del grado

CUARTO. Que el contrato de trabajo del agraviado Abrigo Luque lo vinculó con la empresa Contratista Minera Geodrilling EIRL. Es de fecha cinco de marzo de dos mil diez y rigió hasta el treinta y uno de mayo de dos mil diez. Sus funciones en dicha empresa eran de chofer y ayudante en trabajos de perforación diamantina en la Unidad de Producción Julcani. Así consta a fojas ciento seis. La dependencia laboral, por consiguiente, se circunscribía con dicha empresa y, en esos marcos, es que se produjo el accidente de tránsito, como consecuencia de unas tareas de conducción inapropiadas según el momento y las circunstancias previas de ejercicio laboral del agraviado.

QUINTO. Que las relaciones entre la Compañía Minas Buenaventura y la empresa Contratista Minera Geodrilling EIRL se enmarcaron en el contrato de fojas setecientos sesenta y siete, de catorce de julio de dos mil once, de suerte que la primera contrató a la segunda para que efectúe un programa de perforación diamantina en superficie. Estos servicios los realizaría Contratista Minera Geodrilling EIRL sin relación de dependencia ni subordinación con la Compañía Minas Buenaventura, y excluía –según sus términos– cualquier tipo de responsabilidad como consecuencia de accidentes o enfermedades que pudieran suceder a sus trabajadores.

Por estos hechos OSINERMING sancionó a ambas empresas con una multa solidaria de treinta Unidades Impositivas Tributarias – UIT (deficiencia de liderazgo y supervisión inadecuada), tal como consta de la resolución administrativa de fojas ciento dos, de veinte de enero de dos mil once, confirmada por resolución del Tribunal de Apelaciones de fojas ochocientos cuarenta y seis, de cinco de abril de dos mil once.

SEXTO. Que para ser considerado tercero civil responsable de un hecho delictivo que causó daño a una persona se requiere: a) que el responsable directo esté en una relación de dependencia –éste no ha debido actuar según su propio arbitrio, sino sometido, aunque sea potencialmente, a la dirección y posible intervención del tercero–; y, b) que el acto generador de la responsabilidad haya sido cometido por el dependiente –en este caso, por el imputado Alfaro Luque– en el desempeño de sus obligaciones y servicios.

Alfaro Luque, como quedó expuesto, prestaba servicios para Contratista Minera Geodrilling EIRL, la cual fue condenada solidariamente con el primero al pago de la respectiva reparación civil, conforme está dispuesto por el artículo 1981 del Código Civil. Ahora bien, la extensión de la solidaridad requiere, según está prescripto por el artículo 1183 del Código Civil, que la ley o el título de obligación lo establezcan expresamente –principio de no presunción de la solidaridad, en cuya virtud jamás la solidaridad puede ser la regla del ordenamiento jurídico–.

SÉPTIMO. Que en el presente caso el Tribunal Superior invocó como fundamento legal los artículos 24 y 25 de la Ley número 27626, de nueve de enero de dos mil dos, y el artículo 9 de la Ley número 29245, de veinticuatro de junio de dos mil ocho.

1. La primera Ley, que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores, está referida a la intermediación laboral del régimen laboral de la actividad privada, circunscripta a la relación entre las empresas de servicios cuyo objetivo exclusivo sea la prestación de servicios de intermediación laboral, en los supuestos de temporalidad, complementariedad o especialización, de suerte que los trabajadores destacados a una empresa usuaria no pueden prestar servicios que impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de dicha empresa (artículos 1 al 3). Solo en estos casos, rezan los citados artículos 24 y 25 de dicha Ley, se impone una responsabilidad solidaria, y respecto del pago de los adeudos por las obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores destacados a la empresa usuaria por la empresa de prestación de servicios de intermediación laboral.

2. La relación jurídica entre la Compañía Minas Buenaventura y la empresa Contratista Minera Geodrilling EIRL no era de intermediación laboral –no hubo un destaque de trabajadores de la empresa usuaria por la empresa de prestación de servicios de intermediación laboral–, sino de tercerización, regida por la Ley número 29245. La Compañía Minas Buenaventura, conforme al artículo 2 de la citada Ley, contrató a la empresa Contratista Minera Geodrilling EIRL para que desarrolle una concreta actividad especializada: programa de perforación

diamantina en superficie, bajo su propia cuenta y riesgo y con sus propios recursos –no consistió solo en la provisión de personal–, fue un contrato de obra en los marcos del artículo 3 de esta Ley. Según el artículo 9 de la Ley la empresa principal –en este caso, Compañía Minas Buenaventura– solo es solidariamente responsable solo por el pago de los derechos y beneficios laborales de los trabajadores y por las obligaciones de seguridad social devengadas por el tiempo en que el trabajador estuvo desplazado.

3. En este caso, el suceso generador del daño no es una falta de pago por beneficios laborales o por las obligaciones de seguridad social del trabajador agraviado (derechos laborales y/o previsionales). Se trató de un accidente de tránsito y, además, un accidente de trabajo que este último realizó en cumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato individual de trabajo que tenía con la empresa Contratista Minera Geodrilling EIRL.

4. Las sentencias casatoria 10759-2014 y constitucional 4624-2010-PA/TC no son pertinentes. Su invocación resultó indebida. La última sentencia interpretó los alcances de los artículos 24 y 25 de la Ley número 27626 –que, como se señaló, no comprende hechos como el que sucedió en esta causa–. La sentencia casatoria se refiere, igualmente, a derechos laborales; no, por cierto, a la comisión de delitos por parte del supervisor de la empresa Contratista Minera Geodrilling EIRL como consecuencia de la realización de tareas por el trabajador agraviado en el marco de sus obligaciones laborales en la empresa –que no era, desde luego, la Compañía Minas Buenaventura–.

5. Tampoco es aplicable la legislación sobre Seguridad y Salud en el Trabajo (Ley número 29783, de veinte de agosto de dos mil once, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo número 005-2012-TR, de veinticuatro de abril de dos mil doce), dado que el artículo 68 de dicha Ley circunscribe la responsabilidad de la empresa principal a las actividades que se realicen en sus instalaciones por los trabajadores de empresas contratistas y subcontratistas, empresas especiales de servicios y cooperativas de trabajadores. La muerte del trabajador agraviado se produjo fuera de las instalaciones de la empresa principal Compañía Minas Buenaventura.

OCTAVO. Que, sin embargo, es de aplicación al presente caso el artículo 216 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo número 014-92-EM, de tres de junio de mil novecientos noventa y tres, que establece la solidaridad de las obligaciones y responsabilidades entre el titular del derecho minero y el tercero que ejecute o conduzca trabajos propios para la explotación de la concesión minera. Cabe puntualizar que la empresa Contratista

Minera Geodrilling fue contratada precisamente para realizar trabajos de explotación en la concesión minera de la Compañía Minas Buenaventura; luego, como los hechos están vinculados a la actividad de explotación minera –cuya finalidad última es extraer minerales de un yacimiento para disponer de ellos con fines industriales o utilitarios– de la empresa Contratista Minera Geodrilling que realizaba para Compañía Minas Buenaventura, por imperio de dicha disposición legal, se impone la solidaridad en la responsabilidad en que incurrió la primera por parte de la segunda.

El precepto citado es especial. Se circunscribe a la actividad minera y, específicamente, a trabajos propios para la explotación de la concesión minera que realizan terceros por cuenta del titular del derecho minero.

El recurso defensivo debe desestimarse.

65

§65. Tercero civilmente responsable

Casación	547-2016-CUSCO
Fecha	10 de abril de 2019
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Quintanilla Chacón.
Jueces Supremos	Prado Saldarriaga, Barrios Alvarado, Quintanilla Chacón, Castañeda Otsu, Pacheco Huancas.
Disposiciones estudiadas	Arts. 95 y 99 del CP.

RESUMEN:

El artículo noventa y cinco del Código Penal impone la responsabilidad civil solidaria de quien no ha sido responsable directo del delito (autor). La identificación del obligado no es arbitraria o discrecional, sino, normativa; el artículo mil novecientos ochenta y uno del Código Civil regula los presupuestos para la responsabilidad civil solidaria, los mismos que no se cumplen en el presente caso.

FUNDAMENTOS:

PRIMERO. Por escrito del uno de setiembre de dos mil diez (folio 3 del cuaderno de tercero civilmente responsable), el agraviado Simón Castelo Zavala solicitó al juez de Investigación Preparatoria de la provincia de Canchis, de la Corte Superior de Justicia de Cusco, que la Comunidad Campesina de Quisini sea incorporada al proceso en calidad de tercero civilmente responsable, a fin de que responda solidariamente con los procesados (hoy sentenciados) en lo que corresponde a la reparación civil, al sostener que el presidente de la Comunidad, Cipriano Chura Huamán, conjuntamente con otros encabezaron actos de saqueo, robo y destrucción en los terrenos y bienes de su propiedad; solicitud que dio

mérito a la resolución del nueve de setiembre de dos mil diez (folio 10 del cuaderno de tercero civilmente responsable), que dispuso la realización de una audiencia[17]; asimismo, se registra en autos un cargo de aviso judicial y otro de notificación, ambos dirigidos a la Comunidad Campesina de Quisini (folio 18 del cuaderno de tercero civilmente responsable), a través del cual se dejó constancia de lo siguiente: "Al destinatario se le visitó en dos oportunidades; no se encontró en su domicilio", se dejó por debajo de la puerta.

SEGUNDO. Mediante resolución del primero de octubre de dos mil diez, expedido por el Juzgado de Investigación Preparatoria de Canchis-Sicuani, de la Corte Superior de Justicia de Cusco (folio 23 del cuaderno del tercero civilmente responsable), se resolvió incorporar a la Comunidad Campesina de Quisini como tercero civilmente responsable, a efectos de garantizar no solo la posibilidad de una reparación del daño a favor de los agraviados, sino también su defensa que oportunamente pudiera asumir[18].

TERCERO. La Comunidad Campesina de Quisini, representada por Pedro Meza Qquellcca, conforme se acredita de la Partida Electrónica N.° 02009108 de la Inscripción de Comunidades Campesinas y Nativas en el Rubro de Directiva Comunal, Asiento C00018 (folios 365 y 36 del cuaderno de tercero civilmente responsable), dedujo la nulidad de acto procesal contra la precitada decisión (resolución del primero de octubre de dos mil diez) que la incorporó como tercero civilmente responsable, la misma que fue desestimada por resolución

---

[17] Dispuso lo siguiente: "[...] Cítese para el 20 de setiembre de 2010, a las 02:30 de la tarde, para la **realización de la audiencia pública de tercero civilmente responsable**, a llevarse a cabo en la Sala de Audiencias del Juzgado de Investigación Preparatoria de Canchis, con la presencia obligatoria del fiscal, el recurrente y su abogado, bajo apercibimiento en caso de inconcurrencia de la parte peticionante de declarar inadmisible su pedido y archivar el cuaderno; se precisó que: 1) El representante del Ministerio Público deberá concurrir a la audiencia con la carpeta fiscal. 2) El desarrollo íntegro de la audiencia será grabado en audio. 3) La resolución dictada oralmente en la audiencia **se entenderá notificada a las partes asistentes y también a quienes hayan sido citados aunque no hayan concurrido**, como lo dispone el artículo 16, incisos 2 y 3, del Reglamento de Notificaciones, citaciones y comunicaciones bajo las normas del Código Procesal Penal, aprobado por Resolución Administrativa N.° 096-2006-CE-PJ [...]".

[18] Como fundamentos señaló lo siguiente: En cuanto a la definición del tercero civilmente responsable, el artículo 111 del Código Penal prescribe que las personas que conjuntamente con el imputado tengan responsabilidad civil por las consecuencias del delito, podrán ser incorporadas como parte en el proceso penal. En el presente caso, se tiene a la persona jurídica Comunidad Campesina; y, además, a las personas naturales involucradas en la comisión de delitos que son investigados. Por los fundamentos de la defensa y el representante del Ministerio Público, además al no haberse opuesto la comunidad a este requerimiento, para que se le incorpore como tercero civilmente responsable y a su vez para garantizar las propias consecuencias de la investigación que este trámite pudiera afectar a la propia comunidad campesina, se le incorpora como tercero civilmente responsable.

del treinta y uno de marzo de dos mil once, al declararla infundada (folio 80 del citado cuaderno); situación que también ocurrió con los recursos de apelación, queja y reposición (conforme se verifica en las resoluciones obrantes a folios 89, 101 y 108, respectivamente, también del precitado cuaderno).

CUARTO. Del análisis de los fundamentos esgrimidos en la sentencia de primera instancia del veintiocho de agosto de dos mil quince (folio 2056), expedida por el Primer Juzgado Colegiado-Sede Sicuani, de la Corte Superior de Justicia de Cusco, con relación al tercero civilmente responsable, en el ítem valoración individual de las pruebas documentales (folios 27 y siguientes de la precitada sentencia), se advierte una serie de instrumentales que dejan constancia de los daños que se generaron contra los bienes del agraviado Simón Castelo Zavala[19]; además, se registra a folio 1486 la pericia realizada por el perito Hugo Gonzales de la Vega[20], quien también dejó constancia de la destrucción de los predios del agraviado.

---

[19] Como son: 1) panex fotográfico, folios 8-16; 2) acta de constatación policial (folio 78); 3) paneux fotográfico (folio 130); 4) denuncia policial del veintisiete de febrero de dos mil diez (folio 152); 5) acta de constatación policial del veintisiete de febrero de dos mil diez (folio 155); 6) fotos y filmaciones de la vivienda (folio 163); 7) croquis de la vivienda del agraviado (folio 205); 8) copia certificada de la escritura de transferencia de donación de la comunidad campesina de Quisini a favor del agraviado Simón Castelo Zavala (folio 681); 9) acta de inspección y constatación fiscal del estado actual en que se encuentra el predio posterior al desalojo que sufrió el agraviado (folio 716); 10) copia de la inscripción del nombramiento de la Directiva Comunal para el periodo 2009-2010, partida N.° 0200-91008, asiento 17. Directivos Cipriano Chura Huamán, Washington Espirilla Sumire y Rufino Sumire Cruz (folio 822); con relación a dicha instrumental se deja constancia que Cipriano Chura Huamán, en su calidad de presidente de la comunidad, era quien organizaba reuniones para despojar de sus bienes al agraviado y destruir su casa; 11) acta de continuación y constatación fiscal y filmaciones llevada a cabo a siete meses de ocurridos los hechos (folio 860), se deja constancia del estado de la vivienda del agraviado, la cual presenta la pared destrozada, montículos con cemento y yeso, partes de revestimiento de la casa, sembríos de cebada, escombros de la vivienda, la casa de Chimpacucho sin techo ni puertas, entablado cubierto de tierra y con restos de ladrillo; 12) copia de boletas de venta de adquisiciones de materiales de construcción y artículos domésticos de los agraviados correspondientes a los bienes sustraídos (folio 1078); se señala que con estos documentos se acredita la prexistencia de los bienes que fueron objeto de apoderamiento; 13) acta de inspección y constatación fiscal (folio 1097), se describe el estado en que se encuentran las construcciones e instalaciones en el predio rústico de Yyucani, de la Comunidad de Quisini; con participación del perito ingeniero De la Vega se señala la existencia de bloques de cemento, restos de cemento, desmonte, canaletas, clavel al borde del río Quera, se visualiza en forma objetiva, restos de cemento, zócalos, 5 metros cúbicos pertenecientes a la casa del agraviado.

[20] Señaló textualmente que: "[...] en la propiedad del señor Simón Castelo Zavala (agraviado) se ha encontrado tierra sobre el entablado de la antigua construcción; existen fotos de la construcción anterior; se ha encontrado parte de lo que antes era la construcción, de lo que quedó solo el piso y sobre él echaron tierra y han sembrado avena; se nota que se ha utilizado maquinaria y la destrucción probablemente sería en un día; se ha encontrado parte del cielo raso, muros, contrazócalos, se podría decir que han cargado el desmonte [...]; el desmonte guarda relación con los materiales de la construcción de la vivienda, existió la vivienda del agraviado en Marampampa que fue destruida; tenía un valor a esa

QUINTO. Por su parte, el tercero civilmente responsable, para sustentar su posición, aparejó a los presentes actuados el Estatuto de la Comunidad Campesina de Quisini (folio 645 del cuaderno de control de acusación) y el título de propiedad del territorio comunal (folio 663 del cuaderno de control de acusación).

SEXTO. El juez de la causa, con relación a la responsabilidad civil de la Comunidad Campesina de Quisini, determinó[21] que en autos se acredita que existió la destrucción de la vivienda del agraviado Simón Castelo Zavala y a su vez fue desalojado de la misma; del mismo modo verificó que los responsables de tales hechos fueron los encausados, quienes, a su vez, resultan ser miembros y directivos de la hoy recurrente (Comunidad Campesina de Quisini); decisión que el Colegiado Superior confirmó mediante sentencia del veinticinco de abril de dos mil dieciséis[22] (folio 2757).

---

fecha de 159 132,82 nuevos soles y Chimpacucho de 42 235,75 nuevos soles".

[21] Extremo de la reparación civil: Considerando 4.8: "En el requerimiento de acusación y en la complementaria se ha postulado que la Comunidad Campesina de Quisini, distrito de Marangani de la provincia de Canchis-Sicuani tiene la condición de tercero civilmente responsable, debido a que todos los acusados son miembros activos de la comunidad; alguno de ellos directivos que han perpetrado los delitos, previo acuerdo en sucesivas asambleas comunales a los que inclusive las hijas del agraviado han concurrido; todo ello con la finalidad de despojar de sus bienes al agraviado, y para los bienes inmuebles pasen a formar parte del territorio comunal. Está probado que los acusados, en coautoría, han cometido aquellos delitos, en su condición de miembros activos de la Comunidad Campesina de Quisini. Esta comunidad tiene responsabilidad civil en forma solidaria en el pago de la reparación civil a fijarse; así, el inciso 1, del artículo 111 del CPP determina que una persona jurídica como la mencionada comunidad campesina puede tener responsabilidad civil, como en el presente caso. Esta norma establece: 'las personas que conjuntamente con el imputado tenga responsabilidad civil por las consecuencias del delito, podrán ser incorporadas como parte en el proceso penal a solicitud del Ministerio Público o del actor civil, como en el caso de autos. De conformidad con lo dispuesto en el **artículo 93 del Código Penal**, la reparación comprende: 1) La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor. 2) La indemnización de los daños y perjuicios. Respecto al pago por la indemnización de los daños causados, se debe tener en cuenta el tipo de daño. Las categorías del daño son: a) Daño patrimonial. b) Daño extrapatrimonial. El daño patrimonial se subdivide en i) daño emergente y ii) lucro cesante.

Por daño emergente se entiende la pérdida patrimonial efectivamente sufrida y por lucro cesante la renta o ganancia frustrada o dejada de percibir.

Tal como se ha indicado, los acusados han destruido y despojado de su propiedad inmueble al agraviado, así como sustraído sus bienes; en consecuencia, debe repararse tal daño, para lo cual el juzgador considera proporcional el monto de la reparación civil solicitada por el Ministerio Público. La misma que ha sido debidamente acreditada; en consecuencia, es razonable fijar la reparación civil solidaria y la restitución de lo sustraído y del inmueble despojado".

[22] Extremo de la reparación civil: Considerando 2.20. "El recurso de apelación, la comunidad campesina de Quisini (tercero civil), como errores de hechos y derecho, alega que: i) no existen hechos que vinculen a la comunidad campesina de Quisini como tercero civil responsable. ii) No se ha acreditado con el padrón comunal que los acusados son miembros activos de la comunidad campesina. iii) No existe prueba idónea que acredite la realización de sucesivas asambleas comunales en las que se haya acordado para perpetrar los hechos imputados. iv) No se tomó en cuenta la Ley General de

SÉPTIMO. A efectos de dilucidar la presente cuestión, cabe señalar que la reparación civil es una institución del derecho civil e integra el objetivo civil del proceso penal. Está sujeta a sus propias reglas de imputación y a los principios y directivas típicas del derecho civil[23], en la que el tercero civilmente responsable también es responsable de esta, siempre solidario, por los daños cometidos por los autores y partícipes del hecho punible[24]; es la persona natural o jurídica que sin haber participado en la comisión del delito interviene en el proceso para responder económicamente a favor del agraviado[25].

OCTAVO. Así, el artículo noventa y cinco del Código Penal impone la responsabilidad civil solidaria de quien no ha sido responsable directo del delito (autor); por ello, la identificación del obligado no es arbitraria o discrecional, sino, normativa, empleándose, de conformidad con el artículo ciento uno del Código Penal[26], lo descrito en el artículo mil novecientos ochenta y uno del Código Civil, que regula la responsabilidad civil derivada: "Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria".

Comunidades Campesinas, su reglamento ni el estatuto de la comunidad.

En la recurrida se ha fijado por concepto de reparación civil el pago de la suma de 250 000,00 soles que deberán abonar los sentenciados en forma solidaria con la comunidad campesina de Quisini (tercero civil) a favor del agraviado, bajo el sustento de que con dicho monto económico se deberá reparar adecuadamente a los agraviados de los daños y perjuicios ocasionados, al haber privado del ejercicio de la posesión sobre el predio litigado.

El cuestionamiento del abogado defensor de la comunidad campesina ya no es atendible, **en vista de que mediante resolución firme se ha comprendido como tercero civil**; además, se debe tener en cuenta que respecto a los acusados algunos son directivos y otros miembros de la Comunidad Campesina de Quisini, por lo que la decisión del Juzgado Penal Colegiado de que deben pagar en forma solidaria el monto de la reparación civil es correcta; además, el monto fijado por reparación civil no ha sido cuestionado.

En consecuencia, se tiene que el monto fijado por concepto de reparación civil es proporcional y razonable a la magnitud de los daños y perjuicios ocasionados al agraviado, por lo que, en este extremo, debe confirmarse".

[23] Sentencia de Casación del catorce de marzo de dos mil diecinueve (Recurso de Casación N.° 695-2018 - Lambayeque); fundamentos de derecho, considerando segundo.

[24] San Martín Castro, César. Derecho procesal penal. Lecciones, conforme al Código Procesal Penal de 2004. Primera edición. Lima: Editorial Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, y Centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas, 2015, p. 250.

[25] Sánchez Velarde, Pablo. El nuevo procesal penal. Primera edición. Lima: Editorial IDEMSA, 2009, p. 84.

[26] Aplicación Supletoria del Código Civil: La reparación civil se rige, además, por las disposiciones pertinentes del Código Civil.

Se desprenden dos requisitos, la existencia de subordinación y que el delito se cometa en el ejercicio del cargo o cumplimiento del deber.

Sobre la subordinación, se descarta la exigencia de un vínculo legal, es suficiente corroborar que exista una relación, de dependencia o jerarquía, incluso, como señala Moreno Catena, de hecho, sin importar que sea circunstancial, onerosa o gratuita[27]. En cuanto al ejercicio de cargo o el cumplimiento de un deber, el comportamiento ilícito debe haberse ejecutado mientras se desarrollaba o cumplía un rol encomendado por persona natural o, en el caso de una persona jurídica, un rol institucional[28].

Desde la perspectiva procesal, la capacidad de intervención del tercero civil responsable se desprende del artículo ciento once del Código Procesal Penal; por tanto, se le reconocen derechos innatos a tal ejercicio, como el de contradecir aquellos aspectos relacionados con la existencia de un daño o a las razones de imposición del mismo.

NOVENO. Por Ley N.° 24656, Ley General de Comunidades Campesinas, se estableció que el Estado reconoce a las comunidades campesinas como instituciones democráticas fundamentales, autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo[29]; del mismo modo, nuestra Carga Manga, en su artículo ochenta y nueve, establece que: "Las comunidades campesinas y las nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal, y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece [...]".

DÉCIMO. Se registra en autos que el once de abril de dos mil diez se llevó a cabo una Asamblea Extraordinaria de la Comunidad Campesina de Quisini, para tratar un hecho relacionado con la muerte de una comunera, identificar a sus autores e imponer la sanción respectiva[30].

---

27 MORENO CATENA, Víctor. Lecciones de derecho procesal penal. Madrid: Colex, 2003, p. 139.

28 Estos criterios ya fueron ratificados por esta Corte Suprema, a través del Recurso de Nulidad N.° 705-2018 Huancavelica, emitido por la Sala Penal Permanente, del diecisiete de mayo de dos mil dieciocho.

29 Artículo 1. Declárese de necesidad nacional e interés nacional y cultural el desarrollo integral de las comunidades campesinas. El Estado las reconoce como instituciones democráticas fundamentales, autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo, dentro de los marcos de la Constitución, la presente ley y disposiciones conexas.

30 Se dejó constancia de lo siguiente: "[...] que siendo las 09:00 a. m., del once de abril de dos mil diez, se reunieron hombres y mujeres comuneros de la Comunidad Campesina de Quisini, para

En el desarrollo de la mencionada asamblea se estableció que los hechos en cuestión habían sido esclarecidos (asesinato de la comunera) y que los autores serían Simón Castelo Zavala, su esposa Cecilia Condori Aguilar e hijas, e incluso se dejó constancia de que dichas personas reconocieron, en el acto de la asamblea comunal, las imputaciones dirigidas en su contra.

En el acto de la votación sobre la cuestión sujeta a discusión, se resolvió sancionar al comunero Simón Castelo Zavala y expulsarlo de la comunidad; extinguir la posesión de sus predios y que estos sean revertidos a favor de la comunidad, y que para la ejecución de esta se lleven a cabo faenas comunales[31]; ello se verifica en el Libro de Actas de Asambleas Comunales de la Comunidad Campesina de Quisini, legalizado por el juez de paz, donde obra el Acta de la Asamblea Extraordinaria del once de abril de dos mil diez, la misma que se tiene a la vista y se apareja a los presentes actuados[32].

DECIMOPRIMERO. En consideración a lo expuesto y de la revisión de los recaudos, este Tribunal procederá a analizar, en concreto, el hecho de que si se habría conculcado el juicio de imputación de responsabilidad civil[33] dirigido contra la Comunidad Campesina de Quisini por el cual se le fijó, de manera solidaria, el pago de 250 000,00 soles por concepto de reparación civil.

---

llevar a cabo una Asamblea Extraordinaria, bajo la convocatoria del señor Cipriano Chura Huamán, presidente de la Directa Comunal de Quisini, y el señor Tomás Condori Ccahuana, presidente de Rondas Campesinas de la Comunidad Campesina de Quisini, con la única agenda de tratar sobre los hechos de homicidio del caso de la muerte de la comunera Gladys Olinda Flores Machaca y sanción comunal a imponerse a los autores".

31 Se decretó: "Primero, imponer sanción al comunero Simón Castillo Zavala con la descalificación definitiva de la Comunidad y, como consecuencia, extinción de la posesión familiar de las parcelas de terreno dentro de la Comunidad, y expulsión definitiva de la comunidad. Segundo, que los terrenos comunales apropiados individualmente por el comunero Simón Castelo Zavala se revierta a favor de la comunidad y tomaremos posesión con faenas comunales. Tercero, que el presente acuerdo para su ejecución se encarga a la directora comunal y a las rondas campesinas internas de la comunidad [...]".

32 Suscribieron dicha acta; Cipriano Chura Huamán (presidente de la comunidad campesina); Tomás Condori Ccahuana (presidente de rondas campesinas), Rufino Sumire Cruz (secretario de la comunidad campesina), Víctor Qquelcca Mamani (secretario de Derechos Humanos de las rondas campesinas), entre otros; a su vez, se aprecia un número importante de firmas de los comuneros asistentes a dicha Asamblea Extraordinaria.

33 Desde una perspectiva general es posible sostener que la responsabilidad civil comporta para el responsable la obligación de restablecer el patrimonio afectado. Sentencia de Casación del veintiocho de mayo de dos mil trece (Casación N.° 251-2011-Lambayeque; considerando quinto de los fundamentos de derecho).

DECIMOSEGUNDO. Circunscrito el objeto de análisis, si bien se advierte de la actividad probatoria y de los actos procesales expedidos por las instancias de mérito, que está probado que los hoy sentenciados adecuaron su comportamiento al ilícito penal de usurpación agravada (conforme se ha descrito en el considerando cuarto de los fundamentos de derecho de la presente), el perjuicio de Simón Castelo Zavala, y que a su vez se determinó el pago de un monto de dinero por concepto de reparación civil; sin embargo, ello no implica que dicha obligación pecuniaria sea extendida a la Comunidad Campesina de Quisini por el solo hecho de que los hoy sentenciados pertenezcan a dicha comunidad y porque existió un acuerdo comunal que determinó una sanción al precitado agraviado.

DECIMOTERCERO. En este contexto, y luego de llevado a cabo el análisis de los presupuestos y/o criterios para determinar la responsabilidad civil solidaria de la Comunidad Campesina de Quisini; en primer lugar, se advierte que no existe vinculación alguna por medio de la cual los autores del hecho ilícito hayan sido compelidos o direccionados en su comportamiento reprochable (daños generados), pues el hecho de que existió un acuerdo comunal que se gestó en la Asamblea Extraordinaria del once de abril de dos mil diez, por el cual se sancionó al comunero Simón Castelo Zavala y establecieron una serie de decisiones y acciones (expulsión de la comunidad, extinción de la posesión de sus predios y reversión de estos a favor de la comunidad), no resulta idónea, por cuanto en dicho acuerdo no se describe, de manera expresa y clara, que se produjeran daños contra los bienes y predios del agraviado, los cuales si bien ocurrieron, el resarcimiento de ello, vía responsabilidad civil solidaria, no puede ser extendido contra la Comunidad Campesina de Quisini, pues dicha persona jurídica, dentro del cumplimiento de sus disposiciones reglamentarias y las facultades establecidas por la Ley N.° 24656, Ley General de Comunidades Campesinas, y lo previsto por el artículo ochenta y nueve de la Constitución Política del Estado, a través del cual establece que: "Las comunidades campesinas y las nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal, y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece [...]", estableció e impuso una sanción para uno de sus miembros (el precitado agraviado), pero en ningún sentido, se acordó y/o decidió la generación de un daño patrimonial. En atención a las razones expuestas, es válido colegir que tampoco opera el segundo presupuesto, pues el desarrollo del comportamiento (proceder) de los autores del delito en cuestión (usurpación agravada) representó un actuar que estuvo determinado por el libre albedrío de estos y no por otra circunstancia que se haya probado (acreditado) en

autos. En atención a tales consideraciones, este Colegiado advierte que el agravio invocado debe ser estimado, en tanto existió transgresión del juicio de imputación de la responsabilidad civil dirigido contra la Comunidad Campesina de Quisini.

DECIMOCUARTO. En atención a tales consideraciones, las instancias de mérito no llevaron a cabo una suficiente fundamentación y actividad probatoria para determinar que el resarcimiento de los daños producidos también deba ser asumido, de manera solidaria, por la Comunidad Campesina de Quisini, esto es, que deba asumir el pago de una suma de dinero, ya que no se ha establecido la verificación de los presupuestos, descritos en el anterior considerando, como tampoco se estableció e individualizó de manera objetiva a los miembros de la comunidad campesina, a través algún padrón comunal o instrumental idóneo que sirviera para ese propósito; en virtud a lo expuesto, resulta pertinente colegir que no se expusieron, de manera cabal, los argumentos por los cuales se vinculó a la Comunidad Campesina de Quisini con los daños originados (provocados) por los hoy sentenciados; razones por las que cabe estimar el agravio formulado en tal sentido; consecuentemente, el recurso de casación debe ser amparado.

66

§66. Reparación civil. Rol de la Corte Suprema

Casación	695-2018-LAMBAYEQUE
Fecha	14 de marzo de 2019
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Figueroa Navarro, Príncipe Trujillo, Sequeiros Vargas, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Arts. 92, 93 del CP.

RESUMEN:

1. La reparación civil que provenga del delito puede ser objeto de transacción, conforme a lo taxativamente estipulado en el artículo 1306 del Código Civil; y, su concreción importa poner fin a un asunto dudoso o litigioso, evitando un proceso o finalizando el ya promovido (artículo 1302 del citado Código). La responsabilidad civil –de los responsables directos e indirectos– es solidaria. Así lo preceptúan los artículos 95 del Código Penal, 1981 y 1983 del Código Civil.

2. Según el primer párrafo del artículo 1188 del Código Civil la transacción entre el acreedor y uno de los deudores solidarios sobre la totalidad de la obligación, libera a los demás codeudores; y, conforme al artículo 1189 del citado Código, si la transacción se hubiere limitado a la parte de uno solo de los deudores, los otros no quedan liberados sino en cuanto a dicha parte.

3. Tratándose del montante de la reparación civil, el rol de la Corte Suprema es controlar si los órganos de instancia fijaron las bases que fundamentan la cuantía y si estas son razonables –según lo anotado en el fundamento jurídico anterior–. La indemnización no puede fijarse vacío de datos o, en todo caso, omitir aspectos esenciales de su determinación, lo que ocasionaría la nulidad de la resolución inmotivada y que el Tribunal Superior dicte otra nueva resolución en que corrija aquella deficiencia.

FUNDAMENTOS:

PRIMERO. Que el Tribunal Superior, en la sentencia materia de recurso de casación, revocó la sentencia de primera instancia en cuanto a la reparación civil ordenada pagar solidariamente a los condenados Gamarra Salguero y Rosales Dioses, así como a los terceros civilmente responsables Espinoza Galán Peña de Espinoza, a favor de Felícita Uceda Custodio, madre de la fallecida Bertha Farro Uceda.

1. El juicio de culpabilidad penal se decidió en una sentencia anterior, debidamente confirmada. La responsabilidad penal recayó en los imputados

Ronald Anderson Gamarra Salguero y Wilfredo Humberto Rosales Dioses. Tres fueron los sujetos pasivos de los delitos materia de condena (homicidio y lesiones culposas): Bertha Farro Dioses, Elsa Agripina Gonzales de Uribe y Manuel Traverso Zamora.

2. Las dos últimas sentencias –de primera y segunda instancia– declararon la responsabilidad civil tanto respecto a los dos imputados –responsables directos– cuanto en lo atinente a Dionicio Espinoza Galán y Cecilia Peña de Espinoza, propietarios del camión conducido por el condenado Rosales Dioses – responsables indirectos–. Asimismo, declararon extinguida la obligación de pago por parte de Nicanor Jayo Julca y Rosa Bertha Reque Mechán, propietarios del vehículo conducido por el condenado Gamarra Salguero, a favor de Felícita Uceda Custodio.

3. Finalmente, la sentencia de vista, revocando la sentencia de primera instancia, fijó el monto de la reparación civil de ciento noventa y nueve mil setenta y dos soles a sesenta y seis mil setecientos veintiún soles –menos los descuentos que correspondan a la aludida transacción y al pago de Seguros La Positiva–, que serán cancelados solidariamente por los referidos condenados y los terceros civiles Nicanor Jayo Julca y Rosa Bertha Reque Mechán a favor de Felícita Uceda Custodio.

SEGUNDO. Que la reparación civil es una institución de Derecho civil e integra el objeto civil del proceso penal. Está sujeta a sus propias reglas de imputación, y a los principios y directivas típicas del Derecho civil –se requiere que una determinada conducta, más allá de que se le considere delito o no, cause un daño civil–. Es de destacar, sobre el particular, (i) que la indicada relación jurídica civil es de derecho privado y, por tanto, en ella ha de partirse de la autonomía de la voluntad y de la existencia derechos subjetivos de los que sus titulares tienen la plena disposición, con todas las consecuencias que ello

implica, empezando por la de que el interés privado puede ser satisfecho de modo extrajudicial; y, (ii) que la naturaleza de la acción civil derivada del delito participa del carácter dispositivo de las acciones reguladas en los Códigos Civil y Procesal Civil (conforme: Sentencia del Tribunal Supremo Español –en adelante, STSE– 936/2006, de diez de octubre), luego, no puede conceder más de lo solicitado por la parte que reclama, ni tampoco cosa distinta de lo reclamado (STSE 208/2017, de veintiocho de marzo).

La reparación civil que provenga del delito, por lo demás, puede ser objeto de transacción, conforme a lo taxativamente estipulado en el artículo 1306 del Código Civil; y, su concreción importa poner fin a un asunto dudoso o litigioso, evitando un proceso o finalizando el ya promovido (artículo 1302 del citado Código).

Asimismo, la responsabilidad civil –de los responsables directos e indirectos– es solidaria. Así lo preceptúan los artículos 95 del Código Penal, 1981 y 1983 del Código Civil. Este último precepto agrega que "...aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la reparación se hará por partes iguales" [el subrayado es nuestro].

TERCERO. Que en materia de responsabilidad extracontractual, y específicamente de daños generados a las víctimas como consecuencia de la comisión de un delito, la ley impone la solidaridad: la responsabilidad civil por el daño generado es asumida por todos los intervinientes en el delito y los que tienen responsabilidad civil vicaria o indirecta (terceros civilmente responsables). La regla es que todos los responsables del daño responden solidariamente –la obligación solidaria, primero, es una sola, aunque existe pluralidad de vínculos coligados; y, segundo, en ella concurre unidad de causa–.

Ello no impide, desde luego, que entre perjudicados y responsables civiles puedan celebrar transacciones específicas, en cuanto medios de extinción de las obligaciones. Según el primer párrafo del artículo 1188 del Código Civil la transacción entre el acreedor y uno de los deudores solidarios sobre la totalidad de la obligación, libera a los demás codeudores; y, conforme al artículo 1189 del citado Código, si la transacción se hubiere limitado a la parte de uno solo de los deudores, los otros no quedan liberados sino en cuanto a dicha parte.

CUARTO. Que, en el presente caso, se cuestiona el alcance de la transacción celebrada el cinco de enero de dos mil trece entre Nicanor Jayo Julca y Rosa Bertha Reque Mechán –propietarios del vehículo conducido por el

condenado Ronald Anderson Gamarra Salguero– y la madre de la occisa Bertha Farro Uceda, doña Felícita Uceda Custodio, por la suma de veinticinco mil. Es decir, si la transacción abarcó la totalidad de la obligación o se limitó a la parte de uno solo de los deudores, pues en uno u otro caso los efectos jurídicos son distintos, atento a lo dispuesto en los artículos 1188, primer párrafo, y 1189 del Código Civil. Cabe aclarar que la hija de doña Felícita Uceda Custodio intervino en su representación, no por derecho propio; luego, la objeción formulada en este punto no es de recibo. Además, conforme al artículo 94, numeral 2, del Código Procesal Penal, la condición de agraviado se establece en función al orden sucesorio previsto en el artículo 816 del Código Civil; y, la madre –sin prueba que la víctima tenía descendencia–, es la que legalmente tiene la titularidad respectiva (orden sucesorio en segundo grado).

La transacción, como regla, solo alcanza a las personas que han suscripto el acuerdo. No perjudica ni aprovecha a los otros que no participaron en él, para quienes constituye res inter alios acto, es decir, configura un convenio entre terceros que no los afecta, salvo la regla excepcional de obligaciones solidarias en la medida en que la transacción comprenda la totalidad de la obligación.

Según el acta de transacción examinada, las partes se identificaron como tales en el presente proceso penal, los titulares del automóvil que conducía Gamarra Salguero reconocieron la responsabilidad que les asistía en los hechos, y, a partir del tal reconocimiento, aceptaron pagar a la deudora (madre de la occisa) la suma de veinticinco mil soles. No comprendieron a las demás partes procesales –intervinientes en el delito y a los otros terceros civilmente responsables–, para lo cual se requería una incorporación expresa y un ulterior juicio de razonabilidad del mismo por la autoridad judicial para determinar la corrección del monto fijado desde los intereses legítimos del conjunto de las partes procesales.

Siendo así, es de entender, entonces, que se trató del supuesto reglado por el artículo 1189 del Código Civil –la transacción se limitó exclusivamente a los dos deudores solidarios: Nicanor Jayo Julca y Rosa Bertha Reque Mechán–, por lo que "...los otros [deudores solidarios] no quedan liberados sino en cuanto a dicha parte". En la fijación de la reparación civil debe determinarse, entonces, el monto correspondiente, con exclusión de la suma materia de transacción –así como de la cantidad abonada por la Compañía Seguros La Positiva Seguros–.

QUINTO. Que, a los efectos de la determinación del daño patrimonial y del daño moral, fijados en la sentencia recurrida, es menester fijar algunos puntos precisos relevantes para la causa.

1. La sentencia de vista resaltó, de un lado, el lucro cesante; y, de otro, el daño moral. En cuanto al lucro cesante, para su determinación, partió del hecho de que la difunta era profesora nombrada con veintiún años de servicios y con un sueldo mensual de mil doscientos soles, pero que lo fijó en un treinta por ciento de esa cantidad. El daño moral, sin más, lo estableció en diez mil soles.

2. Una de las vertientes del daño patrimonial es el lucro cesante –conjuntamente con el daño emergente–. El primero, se corresponde con las utilidades frustradas como consecuencia del hecho dañoso –ganancia dejada de obtener o la pérdida de ingresos, como consecuencia directa e inmediata del hecho lesivo–. Su acreditación no es, por lo general, en forma directa. En el presente caso se tomó como referencia el sueldo percibido por la occisa como maestra, pero asimismo se acotó que esa suma no puede identificarse con ganancia o legítimo enriquecimiento frustrado, pues es del caso descontar lo que la víctima ahorraría luego de satisfacer sus necesidades básicas. Ahora bien, el porcentaje fijado si bien está identificado, no ha sido explicitado –en este caso la motivación es insuficiente–, aun cuando fija un criterio práctico que permite conocer cómo se decantó el Tribunal para determinarlo. El lucro cesante también comprende, cuando se trata de reclamaciones dinerarias, el abono de los intereses moratorios, además de los legales o procesales que procedan tras el dictado de la sentencia –sobre este punto no se dice nada: motivación, en este punto, sería incompleta o parcialmente omitida–.

3. La sentencia no hizo mención al daño emergente, es decir, los gastos razonables o pérdidas sufridas por la familia de la víctima como consecuencia del hecho lesivo –el empobrecimiento del patrimonio de la familia–.

4. El daño moral solo ha sido enunciado y determinado sin un razonamiento específico. Es sabido que este tipo de daño inmaterial no se puede fijar mediante pruebas concretas, por lo que ha de recurrirse a un juicio global en que se tenga en cuenta un criterio de reparación basado en el sentimiento social de los daños producidos por la ofensa, en su entidad real o potencial, la relevancia o repulsa social de los mismos, las circunstancias personales de los ofendidos, la edad de la víctima, y, por razones de congruencia, las cantidades solicitadas por la actora civil –principio de rogación– (véase: SSTSE 1054/2003, de veintiuno de julio; y, 833/2009, de veintiocho de julio).

SEXTO. Que, tratándose del montante de la reparación civil, el rol de la Corte Suprema es controlar si los órganos de instancia fijaron las bases que fundamentan la cuantía y si estas son razonables –según lo anotado en el fundamento jurídico anterior–. Ésta, por lo general, corresponde fijarla a los jueces

de primera y segunda instancia, de manera que por lo general no es revisable en casación, pues al no establecer el Código Civil o el Código Penal criterios legales para señalar su cuantía, no cabe, no cabe apreciar en su determinación infracción de ley material. La rectificación de la cuantía, empero, corresponderá cuando (i) se rebase o exceda o tergiverse lo solicitado por las partes, (ii) se fijen defectuosamente las bases que la fundamentan, (iii) quede patente una evidente discordancia entre las bases estipuladas y la cantidad señalada como reparación civil, o (iv) se incurra en error notorio, arbitrariedad e irrazonable desproporción de la cuantía fijada (STSE 107/2017, de veintiuno de febrero).

La indemnización no puede fijarse vacío de datos o, en todo caso, omitir aspectos esenciales de su determinación, lo que ocasionaría la nulidad de la resolución inmotivada y que el Tribunal Superior dicte otra nueva resolución en que corrija aquella deficiencia (STSE 500/2005, de diecinueve de abril). Es posible, desde luego, que cuando el quantum indemnizatorio se verifique razonable, la ausencia de las bases respectivas no será motivo de rescisión de la sentencia porque la subsanación no tendrá incidencia alguna en el fallo que se mantendría incólume (STSE 294/2012, de veintiséis de abril).

Esto último no se ha producido; luego, es menester casar la sentencia de vista a fin de que un nuevo Colegiado Superior se pronuncie motivadamente respecto de las bases que fundamentan la cuantía y subsane las omisiones materiales detectadas –referidas a las exigencias jurídicas para afirmar la existencia de daños patrimoniales y morales, y a la determinación de la suma dineraria respectiva–, en función a las pretensiones de las partes y solo desde sus planteamientos, así como a las premisas dogmáticas estipuladas en esta Ejecutoria Suprema (artículo 433, apartado 2, del Código Procesal Penal).

DERECHO PENAL

PARTE ESPECIAL

1. DELITOS CONTRA LA VIDA, EL CUERPO Y LA SALUD

67

§67. Violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar. Principio de oportunidad, acuerdo reparatorio y problemática de su punición

Acuerdo Plenario	09-2019/CIJ-116
Fecha	10 de setiembre de 2019
Procedencia	Salas Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República. XI PLENO JURISDICCIONAL
Ponente	Barrios Alvarado, Castañeda Otsu.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Figueroa Navarro, Balladares Aparicio, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Castañeda Espinoza, Núñez Julca, Castañeda Otsu, Sequeiros Vargas, Pacheco Huancas, Guerrero López, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial

RESUMEN:

La agresión contra una mujer por su condición de tal, es la perpetrada por el agente contra la mujer a causa del incumplimiento o imposición de estereotipos de género, entendidos éstos como el conjunto de reglas culturales que prescriben determinados comportamientos y conductas a las mujeres, que las discriminan y subordinan socialmente.

Todo acto que califique como delito de agresiones contra las mujeres e integrantes del grupo familiar viene gobernado por un actual e intenso interés público.

Cuando se estime alguna circunstancia relevante que amerite una respuesta punitiva de mayor intervención en el derecho a la libertad del condenado, el juez debe

considerar, antes de imponer una pena privativa de libertad efectiva, la aplicación de la vigilancia electrónica personal, en la medida que se haya dado cumplimiento al procedimiento respectivo.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

A. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y ACUERDO REPARATORIO EN LOS DELITOS DE LESIONES LEVES Y AGRESIONES CONTRA LAS MUJERES E INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR.

19.° En cuanto al ámbito de protección del tipo penal regulado en el artículo 122-B del Código Penal, éste se desprende de la interpretación de los elementos objetivos del tipo penal –con inclusión, por cierto, de sus elementos de contexto–, que incluyen, por un lado, todo clase de agresiones de menor entidad –o levísimas– cometidas contra una mujer por su condición de tal –violencia de género– y, por otro, las agresiones levísimas cometidas entre integrantes del grupo familiar –violencia doméstica–.

20.° La agresión contra una mujer por su condición de tal, es la perpetrada por el agente contra la mujer a causa del incumplimiento o imposición de estereotipos de género, entendidos éstos como el conjunto de reglas culturales que prescriben determinados comportamientos y conductas a las mujeres, que las discriminan y subordinan socialmente[34]. El numeral 3 del artículo 4 del Reglamento de la Ley 30364 define la violencia contra la mujer por su condición de tal, "como una manifestación de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de las mujeres de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad, a través de relaciones de dominio, de sometimiento y subordinación hacia las mujeres".

23.° A partir de lo expuesto es de identificar que el bien jurídico tutelado en el delito previsto en el artículo 122-B del Código Penal es pluriofensivo pero con matices distintos para cada uno de los supuestos citados. En el primer supuesto (violencia de género) se protege la integridad física y la salud de la mujer, concretamente, el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, contenido en la Convención Belém do Pará, Ley y su reglamento; pero, principalmente, por su inescindible unidad con los bienes jurídicos, la igualdad material y libre

---

[34] Díaz Castillo, Ingrid y otros: Feminicidio. Interpretación de un delito de violencia basada en género, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2019, p. 69.

desarrollo de la personalidad de la mujer –el artículo 9 de la Ley 30364 resalta el derecho a la mujer a estar libre de toda forma de discriminación, estigmatización y de patrones estereotipados de comportamientos, prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad y subordinación–.

24.° Por tanto, es de anotar que la violencia de género puede presentarse tanto fuera como dentro de la convivencia familiar; muestra móviles específicos que lo diferencian de la violencia ejercida entre otros miembros del grupo familiar (entre hermanos, primos, cuñados, padres/hijos, suegros/yernos, etcétera). Así, por ejemplo, una mujer puede ser agredida en el ámbito familiar por su conviviente, pero sin que la agresión se haya ejecutado por su condición de tal; no obstante lo cual dicha conducta estaría abarcada por el injusto penal, en tanto se produjo en el ámbito doméstico, como integrante del grupo familiar.

25.° La violencia contra la mujer se distingue de la que comete un integrante del grupo familiar contra otro, ya sea porque no tenga el mismo móvil o porque la víctima no tenga la condición de mujer. El numeral 4 del artículo 4, del Reglamento de la Ley 30634 entiende que violencia hacia un o una integrante del grupo familiar es la acción u omisión identificada como violencia según los artículos 6 y 8 de la Ley que se realiza en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder de parte de un o una integrante del grupo familiar hacia otro u otra.

Consecuentemente, en el segundo supuesto, lo que respecta a la violencia de una persona contra otro miembro del grupo familiar, que no califique como violencia de género, se protege el derecho de éstos a la integridad física, psíquica y salud, así como al derecho a una vida sin violencia.

33.° La naturaleza del delito, los bienes jurídicos comprometidos, los motivos de su incorporación como delito, los tratados internacionales y la innegable realidad de su presencia en la sociedad como acto precedente a resultados más lesivos, especialmente, en lo que atañe a la mujer, hace sumamente evidente el interés público gravemente comprometido que está detrás de la investigación, procesamiento y efectiva sanción de los perpetradores de este delito. Este contexto hace inviable la aplicación del principio de oportunidad según los supuestos contemplados en los literales b y c, del inciso 2, del artículo 2 del Código Procesal Penal.

B. DE LA APLICACIÓN DEL ACUERDO REPARATORIO

42.° Es decir, en la interpretación y aplicación de las normas nacionales se debe identificar las desigualdades estructurales existentes para las mujeres, así como

las dinámicas particulares de la violencia contra ellas, especialmente en el ámbito doméstico o de relaciones interpersonales. Por consiguiente, es fundamental incorporar un análisis contextual que permita comprender que la violencia a la que se ven sometidas las mujeres en razón de su género, tiene características específicas que deben permear todo el razonamiento judicial. El que los casos de violencia no se comprendan como situaciones de riesgo permanente para las mujeres y se recurra a medidas que conlleven a tolerar dichos actos de violencia, implica hacer caso omiso a las dimensiones y repercusiones de la problemática y enviar el mensaje de que se trata de actos no punibles.

44.° Por consiguiente, la aplicación del principio de oportunidad y/o acuerdo reparatorio en casos de violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar desnaturaliza el objetivo mismo de la Ley 30364, por lo que la interpretación y aplicación que se realice del artículo 2, inciso 6, del Código Procesal Penal debe encontrarse necesariamente en coherencia con las demás normas del ordenamiento jurídico y, principalmente, con los dispositivos internacionales a los que el Perú está obligado. Desde esa perspectiva, resulta como única interpretación posible que las modalidades establecidas en los artículos 122, inciso 3, literales c), d) y e); y 122-B del Código Penal, circunscriptas a lesiones y agresiones en contextos de violencia de género y violencia intrafamiliar, no son susceptibles de ningún tipo de conciliación y, consecuentemente, de ningún acuerdo reparatorio. Amerita precisar que, por los mismos fundamentos, no es posible que los jueces de paz, que intervienen por mandato de la Ley 30364[35], realicen acuerdos conciliatorios en las denuncias por violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar.

45.° En suma, todo acto que califique como delito de agresiones contra las mujeres e integrantes del grupo familiar viene gobernado por un actual e intenso interés público. Asimismo, en virtud de una interpretación coherente con las demás normas en la materia, hacen inaplicable el principio de oportunidad y, dentro de él, asimismo, el acuerdo reparatorio, ya sea extra o intraproceso.

46.° Cabe precisar que esta salvedad no alcanza al proceso especial de terminación anticipada y el instituto de la conformidad procesal, en tanto no implican una negociación con la víctima en sentido fuerte ni están dirigidos a

---

[35] En virtud de la modificatoria del artículo 47 de la Ley 30364 realizada mediante Ley 30862, de 3 de octubre de 2018.

evitar la sanción penal. La presencia de la parte agraviada en el proceso permite la defensa de sus derechos y su pretensión resarcitoria[36].

49.° Ahora bien, la reserva del fallo condenatorio, estipulado en el artículo 62 del Código Penal, procede: (i) cuando el delito está sancionado con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con multa; (ii) cuando la pena a imponerse no supere las noventa jornadas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres; y, (iii) cuando la pena a imponerse no supere los dos años de inhabilitación.

Respecto de su aplicación al delito de lesiones leves, contemplado en el artículo 122, inciso 3, literales c, d, y e, del Código Penal, ésta no procede en cuanto se sanciona con una pena no menor de tres ni mayor de seis años de privación de libertad, por lo que excede lo estipulado en el primer supuesto para la aplicación de reserva del fallo condenatorio. En lo referido a su aplicación al delito previsto en el artículo 122-B del Código Penal, si bien el marco legal de la pena privativa de libertad cumple con el primer supuesto enunciado; este delito también conmina una pena de suspensión de la patria potestad según el artículo 36 del Código Penal, como pena principal, por lo que no satisface el tercer supuesto necesario para su aplicación.

51.° El Código Penal prevé otras medidas alternativas a la pena privativa de libertad que el juez puede imponer, detalladas en el fundamento jurídico 47 del presente Acuerdo Plenario, entre ellas, la conversión de pena privativa de libertad a pena limitativa de derechos: prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres y vigilancia electrónica personal, conforme lo estipulado en el artículo 32, en concordancia con el artículo 52, ambos del Código Penal. Esta posibilidad, a diferencia de la suspensión de la ejecución de la pena, conlleva a la imposición y cumplimiento efectivo de una sanción penal.

52.° En estos casos la viabilidad de la conversión de la pena privativa de libertad en penas limitativas de derechos o de multa está condicionada al cumpliendo estricto del principio de proporcionalidad, adecuada a los fines preventivos especial y general que se esperan de la pena. El Juez debe efectuar, motivadamente, un juicio de pronóstico futuro que le permita inferir que el sentenciado no cometerá un nuevo delito de la misma naturaleza, a cuyo efecto

---

36 "La garantía de tutela jurisdiccional de la víctima debe ser respetada en el proceso penal, bajo un sistema como el francés -que sigue nuestro Código Procesal Penal- que prevé el proceso civil acumulado al penal". Acuerdo Plenario 04-2019/CIJ-116. Asunto: Absolución, sobreseimiento y reparación civil, Prescripción y caducidad en ejecución de sentencia en el proceso penal. Fundamento jurídico vigésimo noveno.

deberá atender a los antecedentes del imputado –aun cuando se encuentren cancelados– por delitos de similar naturaleza u otro de carácter violento, la naturaleza y número de agravantes infringidas, la personalidad del agente, la ficha de valoración de riesgo, las relaciones con la víctima, entre otros.

53.° De cualquier forma, cuando se estime alguna circunstancia relevante que amerite una respuesta punitiva de mayor intervención en el derecho a la libertad del condenado, el juez debe considerar, antes de imponer una pena privativa de libertad efectiva, la aplicación de la vigilancia electrónica personal, en la medida que se haya dado cumplimiento al procedimiento respectivo, según lo circunscrito en las normas que regulan su aplicabilidad –Ley 29499, Decreto Legislativo 1322, su reglamento aprobado por el Decreto Supremo 004-2017-JUS, Decreto 006-2018-JUS y los protocolos específicos de actuación interinstitucional aprobados mediante el Decreto Supremo 008-2016-JUS y por la Resolución Suprema 0163-2016-JUS– y lo desarrollado en el Acuerdo Plenario 02-2019/CIJ-116[37].

54.° Finalmente, en caso de sentencia condenatoria, se debe disponer la continuidad y modificación de las medidas de protección, el tratamiento terapéutico a favor de la víctima, el tratamiento especializado al condenado, la continuidad o modificación de las medidas coercitivas civiles, la emisión de providencias de implementación del cumplimiento de las medias de protección y de cualquier otra a favor de las víctimas o sus deudos (artículo 20 de la Ley 30364).

---

[37] Las notas más características de la vigilancia electrónica personal, desde el procedimiento respectivo, son las siguientes. Primera, solo procede a petición de parte, del propio interesado (penado o imputado), aunque también pueda proponerla el fiscal, en cuyo caso debe ser irremediablemente aceptada por el imputado. Segunda, para su adopción se requiere de una preceptiva audiencia de vigilancia electrónica personal–o, en todo caso, que esta medida hubiese sido materia de una dialéctica contradictoria en la audiencia correspondiente, sea principal (propia del enjuiciamiento) o preparatoria (propia de la investigación preparatoria) o postulada, en vía de una moción de parte en la audiencia preliminar (propia de la etapa intermedia)–. Por consiguiente, el juez no puede imponerla de oficio o sorpresivamente, tanto más si se requiere que la solicitud se escolte de varios anexos, fijados en el artículo 5-A del Reglamento. Acuerdo Plenario 02-2019/CIJ-116. Asunto: Vigilancia electrónica personal. Fundamento jurídico octavo.

2. DELITOS CONTRA EL HONOR: DIFAMACIÓN, CALUMNIA E INJURIA

68

§68. Delitos contra el honor personal y derecho constitucional a la libertad de expresión y de información

Acuerdo Plenario	3-2006/CJ-116
Fecha	13 de octubre del 2006
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	San Martín Castro y Calderón Castillo.
Jueces Supremos	Salas Gamboa, Sivina Hurtado, Gonzáles Campos, San Martín Castro, Valdez Roca, Barrientos Peña, Vega Vega, Lecaros Cornejo, Molina Ordoñez, Peirano Sánchez, Vinatea Medina, Príncipe Trujillo, Calderón Castillo y Urbina Ganvini.
Disposiciones estudiadas	Art. 20°. 8 del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	8° al 13°

RESUMEN:

*El derecho al honor, el derecho a la libertad de expresión y el de información, son **derechos-principios que gozan de rango constitucional**, de manera tal que **ninguno de ellos tiene carácter absoluto** ni prevalece sobre los otros. Por lo tanto, cuanto entran en conflicto, la solución recae en la formulación de un **juicio ponderativo** que tenga en cuenta las circunstancias de cada situación en particular y permita determinar si la conducta atentatoria contra el honor es amparada en el ejercicio de las libertades de expresión o de información y, por ello, justificada para el caso en cuestión.*

Así, el juicio de ponderación exige fijar el ámbito propio de cada derecho, tras lo que se verificará la concurrencia de los presupuestos formales de la limitación. Luego, tendrá que valorarse el carácter justificado o injustificado de la injerencia en virtud del principio de proporcionalidad para, finalmente, comprobar que el límite que se trate respeta el contenido esencial del derecho limitado.

FUNDAMENTOS:

"**6º.** Los artículos 130º al 132º del Código Penal instituyen los delitos de injuria, difamación y calumnia como figuras penales que protegen el bien jurídico honor. El honor es un concepto jurídico ciertamente indeterminado y variable, cuya delimitación depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento histórico, pero que en todo caso, desde una perspectiva *objetiva*, aluden a la suma de cualidades que se atribuyen a la persona y que son necesarias para el cumplimiento de los roles específicos que se le encomiendan. Desde un sentido *subjetivo* el honor importa la conciencia y el sentimiento que tiene la persona de su propia valía y prestigio; reputación y la propia estimación son sus dos elementos constitutivos [en igual sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la sentencia número 0018-1196-AI/TC, del 29.4.1997, que hace mención al honor interno y al honor externo, y llega a decir que la injuria, a diferencia de la difamación y la calumnia, sólo inciden el honor interno, que es muy subjetivo]. Este bien jurídico está reconocido por el artículo 2º, numeral 7), de la Constitución, y constituye un derecho fundamental que ella protege, y que se deriva de la dignidad de la persona –constituye la esencia misma del honor y determina su contenido-, en cuya virtud los ataques al honor son ataques inmediatos a la dignidad de la persona. Su objeto, tiene expuesto el Tribunal Constitucional en la sentencia número 2790-2002-AA/TC, del 30.1.2003, es proteger a su titular contra el escarnecimiento o la humillación, ante si o ante los demás, e incluso frente al ejercicio arbitrario de las libertades de expresión e información, puesto que la información que se comunique, en ningún caso, puede resultar injuriosa o despectiva.

7º. Paralelamente, la Constitución, en su artículo 2º, numeral 4), también reconoce y considera un derecho fundamental común a todas las personas las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier

medio de comunicación social. Son sujetos de este derecho la colectividad y cada uno de sus miembros, no son sólo los titulares del órgano o medio de comunicación social o los profesionales del periodismo. Desde luego, el ejercicio de este derecho fundamental –dado el carácter o fundamento esencial que ostenta en una sociedad democrática [v.gr.: STEDH, Asunto Worm vs. Austria, del 29.8.1997. 47]- modifica el tratamiento de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en los que las conductas objeto de imputación en sede penal han sido realizadas en el ejercicio de dichas libertades. Como es evidente, por lo general se presenta un problema entre la protección constitucional de dichas libertades y el derecho al honor, dado su relación conflictiva que se concreta en que el derecho al honor no sólo es un derecho fundamental sino que está configurado como un límite especial a las libertades antes mencionadas –tiene una naturaleza de libertad negativa, que en el Derecho penal nacional se aborda mediante la creación de los tres delitos inicialmente mencionados- [*"Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común"*: segundo párrafo del numeral 4) del artículo 2º Constitucional]. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia Herrera Ulloa vs. Costa Rica, del 2 de julio de 2004, precisó que el derecho a la libertad de expresión y de pensamiento no es absoluto, cuyas restricciones deben cumplir tres requisitos, a saber: 1) deben estar expresamente fijadas por la ley; 2) deben estar destinadas a proteger ya sea los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública; y 3) deben ser necesarias en una sociedad democrática.

8°. La solución del conflicto pasa por la formulación de un ***juicio ponderativo*** que tenga en cuenta las circunstancias de cada caso en particular y permita determinar que la conducta atentatoria contra el honor está justificada por ampararse en el ejercicio de las libertades de expresión o de información. La base de esta posición estriba en que, en principio, los dos derechos en conflicto: honor y libertades de expresión –manifestación de opiniones o juicios de valor- y de información –imputación o narración de hechos concretos-, gozan de igual rango constitucional, por lo que ninguno tiene carácter absoluto respecto del otro [ambos tienen naturaleza de derecho – principio]. A este efecto, uno de los métodos posibles, que es del caso utilizar para el

juicio ponderativo, exige fijar el ámbito propio de cada derecho, luego verificar la concurrencia de los presupuestos formales de la limitación, a continuación valorar bajo el principio de proporcionalidad el carácter justificado o injustificado de la injerencia y, finalmente, comprobar que el límite que se trate respeta el contenido esencial del derecho limitado.

9°. Una vez determinados legalmente la concurrencia de los presupuestos típicos del delito en cuestión –paso preliminar e indispensable-, corresponde analizar si se está ante una causa de justificación –si la conducta sujeta a la valoración penal constituye o no un ejercicio de las libertades de expresión e información-. Es insuficiente para la resolución del conflicto entre el delito contra el honor y las libertades de información y de expresión el análisis del elemento subjetivo del indicado delito, en atención a la dimensión pública e institucional que caracteriza a estas últimas y que excede el ámbito personal que distingue al primero. En nuestro Código Penal la causa de justificación que en estos casos es de invocar es la prevista en el inciso 8) del artículo 20°, que reconoce como causa de exención de responsabilidad penal "El que obra [...] en el ejercicio legítimo de un derecho...", es decir, de los derechos de información y de expresión. Estos derechos, o libertades, pueden justificar injerencias en el honor ajeno, a cuyo efecto es de analizar el ámbito sobre el que recaen las frases consideradas ofensivas, los requisitos del ejercicio de ambos derechos y la calidad –falsedad o no- de las aludidas expresiones.

10°. Un primer criterio, como se ha expuesto, está referido al ámbito sobre el que recaen las expresiones calificadas de ofensivas al honor de las personas. La naturaleza pública de las libertades de información y de expresión, vinculadas a la formación de la opinión ciudadana, exige que las expresiones incidan en la esfera pública –no en la intimidad de las personas y de quienes guarden con ella una personal y estrecha vinculación familiar, que es materia de otro análisis, centrado en el interés público del asunto sobre el que se informa o en el interés legítimo del público para su conocimiento-. Obviamente, la protección del afectado se relativizará –en función al máximo nivel de su eficacia justificadora- cuando las expresiones cuestionadas incidan en personajes públicos o de relevancia pública, quienes, en aras del interés general en juego, deben soportar cierto riesgo a que sus derechos subjetivos resulten afectados por expresiones o informaciones de ese calibre –más aún si las expresiones importan una crítica política, en tanto éstas se perciben como instrumento

de los derechos de participación política-: así lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia Herrera Ulloa, del 2 de julio de 2004, que tratándose de funcionarios públicos ha expresado que su honor debe ser protegido de manera acorde con los principios del pluralismo democrático. En todos estos casos, en unos más que otros, los límites al ejercicio de esas libertades son más amplios.

11°. El otro criterio está circunscrito a los requisitos del ejercicio de las libertades de información y de expresión. Se ha respetar el contenido esencial de la dignidad de la persona. En primer lugar, no están amparadas las frases objetiva o formalmente injuriosas, los insultos o las insinuaciones insidiosas y vejaciones –con independencia de la verdad de lo que se vierta o de la corrección de los juicios de valor que contienen-, pues resultan impertinentes –desconectadas de su finalidad crítica o informativa- e innecesarias al pensamiento o idea que se exprese y materializan un desprecio por la personalidad ajena. Es claro que está permitido en el ejercicio de las libertades de información y de expresión que se realice una evaluación personal, por desfavorable que sea, de una conducta, pero no lo está emplear calificativos que, apreciados en su significado usual y en su contexto, evidencian menosprecio o animosidad.

12°. En segundo lugar, el ejercicio legítimo de la libertad de información requiere la concurrencia de la veracidad de los hechos y de la información que se profiera. Debe ejercerse de modo subjetivamente veraz [el Tribunal Constitucional, en la sentencia número 0905-2001-AI/TC, del 14.8.2002, ha precisado al respecto que el objeto protegido de ambas libertades es la comunicación libre, tanto la de los hechos como la de las opiniones –incluye apreciaciones y juicios de valor-; y, tratándose de hechos difundidos, para merecer protección constitucional, requieren ser veraces, lo que supone la asunción de ciertos deberes y responsabilidades delicadísimos por quienes tienen la condición de sujetos informantes]. Ello significa que la protección constitucional no alcanza cuando el autor es consciente de que no dice o escribe verdad cuando atribuye a otro una determinada conducta –dolo directo- o cuando, siendo falsa la información en cuestión, no mostró interés o diligencia mínima en la comprobación de la verdad –dolo eventual-. En este último caso, el autor actúa sin observar los deberes subjetivos de comprobación razonable de la fiabilidad o viabilidad de la información o de la fuente de la misma, delimitación que debe hacerse desde parámetros subjetivos: se requiere

que la información haya sido diligentemente contrastada con datos objetivos e imparciales [El Tribunal Constitucional, en la sentencia número 6712-2005-HC/TC, del 17.10.2005, precisó que la información veraz como contenido esencial del derecho no se refiere explícitamente a una verdad inobjetable e incontrastable, sino más bien a una actitud adecuada de quien informa en la búsqueda de la verdad, respetando lo que se conoce como el deber de diligencia, y a contextualizarla de manera conveniente; es decir, se busca amparar la verosimilitud de la información]. No se protege, por tanto, a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúen con menosprecio de la verdad o falsedad de lo comunicado, comportándose irresponsablemente al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones insidiosas; las noticias, para gozar de protección constitucional, deben ser diligencias comprobadas y sustentadas en hechos objetivos, debiendo acreditarse en todo caso la malicia del informador. Es de destacar, en este punto, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional Español –entre otras muchas, la sentencia número 76/2002, del 8.4.2002 (§ 3)- que ha puntualizado que el específico deber de diligencia es exigible con diferente grado de intensidad en función de que la noticia se presente como una comunicación neutra, en cuanto procedente de la originaria información de otro medio de comunicación o fuente informativa, de la que simplemente se da traslado, o bien de que se trate de una información asumida por un medio periodístico y su autor como propia, en cuyo caso el deber de diligencia para contrastar la veracidad de los hechos comunicados no admite atenuación o flexibilidad alguno, sino que su cumplimiento debe ser requerido en todo su rigor. Para los supuestos de reportaje neutral el deber de diligencia se satisface con la constatación de la verdad del hecho de la declaración, pero no se extiende en principio a la necesidad de acreditar la verdad de lo declarado, aún cuando se exige la indicación de la persona –debidamente identificada- que lo proporciona [a éste se le exige la veracidad de lo expresado], siempre que no se trate de una fuente genérica o no se determinó quién hizo las declaraciones, sin incluir opiniones personales de ninguna clase. Por lo demás, no se excluye la protección constitucional cuando media un error informativo recaído sobre cuestiones de relevancia secundaria en el contexto de un reportaje periodístico.

13°. Otra ponderación se ha de realizar cuando se está ante el ejercicio de la libertad de expresión u opinión. Como es evidente, las opiniones y los juicios de valor –que comprende la crítica a la conducta de otro- son imposibles de probar [el Tribunal Constitucional ha dejado expuesto que, por su propia naturaleza, los juicios de valor, las opiniones, los pensamientos o las ideas de cada persona pueda tener son de naturaleza estrictamente subjetivas y, por tanto, no pueden ser sometidos a un test de veracidad, Sentencia del Tribunal Constitucional número 0905-2001-AA/TC, del 14.8.2002]. Por tanto, el elemento ponderativo que corresponde está vinculado al principio de proporcionalidad, en cuya virtud el análisis está centrado en determinar el interés público de las frases cuestionadas –deben desbordar la esfera privada de las personas, única posibilidad que permite advertir la necesidad y relevancia para lo que constituye el interés público de la opinión- y la presencia o no de expresiones indudablemente ultrajantes u ofensivas, que denotan que están desprovistas de fundamento y o formuladas de mala fe –sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y, por tanto, innecesarias a ese propósito, a la que por cierto son ajenas expresiones duras o desabridas y que puedan molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige." (Sic.)

3. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD

69

§69. Aplicación judicial del artículo 15° del Código Penal y los procesos interculturales por delitos de violación de niñas y adolescentes

Acuerdo Plenario N°	1-2015/CIJ-116
Fecha	02 de octubre del 2015
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	Prado Saldarriaga.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Pariona Pastrana, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Loli Bonilla.
Disposiciones estudiadas	Art. 15 ° CP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	12° al 16°

RESUMEN:

Para una aplicación selectiva y restringida del artículo 15° del Código Penal, a fin de que éste no proyecte indebidamente sus efectos sobre autores de delitos de abuso y violencia sexual en agravio de niñas y adolescentes menores de 14 años, ***deben excluirse de los alcances de dicha disposición y reprimirse penalmente, toda forma violenta de abuso o prevalimento que hayan utilizado los imputados para someter a la víctima menor de catorce años de edad a un acceso carnal****. No siendo, en ningún caso, excusa suficiente el aval posterior de tales actos por parte de familiares o la aceptación por estos de cualquier forma de compensación, toda vez que la vulneración de derechos fundamentales, especialmente en casos de violencia sexual de menores de catorce años de edad, no admite compensación ni conciliación alguna.*

FUNDAMENTOS:

Oportunidades interculturales y jurídicas para superar a problemática detectada.

12. Cabe señalar que en el marco normativo interno también concurren disposiciones normativas concordantes con las aludidas normas internacionales. Por ejemplo, el texto aprobado recientemente por el Congreso Nacional de la Ley para Prevenir, Sancionar y erradicar la Violencia contra las mujeres y los Integrantes del Grupo familiar, destaca que el **enfoque de interculturalidad**: "*Reconoce la necesidad del diálogo entre las distintas culturas que se integran en la sociedad peruana, de modo que permita recuperar, desde los diversos contextos culturales, todas aquellas expresiones que se basan en el respeto a la otra persona. Este enfoque no admite aceptar prácticas culturales discriminatorias que toleran la violencia u obstaculizan el goce de igualdad de derechos entre personas de géneros diferentes.*" (Artículo 3.3). Asimismo, declara que "*las mujeres y los integrantes del grupo familiar tienen derecho a una vida libre de violencia, a ser valorados y educados, a estar libres de toda forma de discriminación, estigmatización y de patrones estereotipados de comportamientos, prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad y subordinación*" (Artículo 9°). Por su parte, el marco normativo institucional del Poder Judicial, particularmente aquel que orienta el desarrollo de políticas y estratégicas institucionales de gestión de casos de naturaleza intercultural, también ha regulado sobre la interdicción y deslegitimación de aquellas decisiones judiciales que puedan avalar, directa o indirectamente, la violencia sexual contra la mujer. Al respecto, *el Protocolo de Actuación en Procesos Judiciales que involucren a Ronderos* ha establecido en las Reglas de Actuación N° VIII (9 y 1 O) lo siguiente:

> *"Si los jueces requieren información especializada para la valoración de los aspectos culturales del caso, solicitarán la realización de peritajes antropológicos jurídicos a cargo de profesionales especializados e informes ilustrativos a las autoridades comunales y ronderas.*
>
> *Los jueces podrán solicitar a las organizaciones de los comuneros o ronderos involucrados en el proceso la información adicional que consideren pertinente para comprender mejor el contenido cultural y la naturaleza de los hechos controvertidos.*

Los jueces no podrán realizar o aceptar conciliaciones que vulneren derechos fundamentales, especialmente en casos de violencia familiar o violencia sexual."

13. Es, pues, en este marco de problemas y alternativas, que se hace necesaria la reorientación del proceder judicial en los procesos penales por delitos sexuales en agravio de niñas y adolescentes menores de catorce años, los cuales fueron cometidos por miembros de comunidades campesinas y nativas alegando la práctica de costumbres ancestrales. En torno a ello, sin embargo, es importante reconocer, como lo advierte la antropóloga Norma FULLER, que este tipo de problemas de la justicia intercultural constituye una compleja paradoja y desafío por lo que, en principio, no es posible abordar tal problemática con criterios generales. Por consiguiente, las alternativas pertinentes de solución de tales conflictos deben identificarse y evaluarse caso por caso. Sobre todo, porque en dicho ámbito confluyen-en paralelo dos demandas reivindicativas contemporáneas y legítimas, que han merecido igual reconocimiento y amparo del derecho o convencional y constitucional *[FULLER OSORES, Norma: Género, justicia e interculturalidad. Ponencia inédita sustentada en el Seminario Internacional Criterios para la aplicación del artículo 15° del Código Penal referido al error de comprensión culturalmente condicionado aplicado a los delitos contra la libertad sexual. Cajamarca, 14 de agosto de 2015].* En efecto, de un lado, se posesiona la válida exigencia de un respeto irrestricto a la diversidad cultural de los pueblos originarios. Y, de otro lado, emerge la demanda impostergable de alcanzar la plena igualdad e inclusión social de las mujeres a la vez que de impedir que se perennicen contra ellas formas graves de discriminación o violencia de género. Esta, necesidad, pues, de un tratamiento selectivo, prudente y equilibrado de este tipo de conflictos penales interculturales, es también destacada implícitamente en la precitada Ley aprobada para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar. En ella se precisa que *"La intervención de los pueblos indígenas u originarios en casos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar se sujeta a lo dispuesto en el artículo 149 de la Constitución Política"* (Artículo 47°). Teniendo en cuenta, pues, tales posibilidades y límites, resulta oportuno que el Poder Judicial a través de sus instancias jurisdiccionales desarrolle dos estrategias mínimas para modificar la situación problemática que se ha descrito. En la implementación de ambas, sin embargo, debe patentizarse y ser transversal la transparente y legítima voluntad institucional de aplicar

un enfoque de género y de prevalencia del interés superior de las niñas y adolescentes de las comunidades andinas y amazónicas en la gestión de los casos judicializados por delitos de violencia sexual. Pero, además, tales opciones estratégicas y toda acción que de ella derive deberá de observar siempre el respeto irrestricto por la autonomía y diversidad cultural de las comunidades campesinas y nativas del país, así como por la jurisdicción y fuero especial que les reconoce la Constitución.

14. La primera estrategia consiste en propiciar un diálogo intercultural con las autoridades de la jurisdicción especial cada vez que se presenten ante los jueces penales de la jurisdicción ordinaria casos de relevancia intercultural vinculados a delitos de violación y abuso sexual de niñas y adolescentes menores de catorce años. Ello con la finalidad de que el juez penal ordinario pueda evaluar mejor la incidencia de patrones culturales en la realización del hecho punible y de validar su propia competencia funcional. La segunda estrategia, en cambio, tiene un sentido fundamentalmente operativo, ya que radica en la provisión, difusión y consolidación de criterios jurisprudenciales de eficacia vinculante que eviten el uso arbitrario e inadecuado del artículo 15° del Código Penal, a favor de los autores de tales delitos y con afectación del derecho de las víctimas a la justicia.

15. El presente Acuerdo Plenario constituye, pues, la materialización inicial y concreta de la segunda de aquellas dos estrategias. Con él se busca insertar y fomentar un enfoque de género y de prevalencia del interés superior del niño en las decisiones judiciales de índole intercultural vinculadas con la discusión procesal sobre la debida aplicación de la eximente o reducción punitiva que propone el artículo 15° del Código Penal. Pero, también, a través de sus contenidos se procura incidir en la necesidad de corregir, a partir de estándares de calidad, las malas prácticas identificadas en la elaboración técnica, interpretación jurisdiccional y valoración de las pericias antropológicos o informes de intermediación cultural. Esto es, en todo medio de auxilio judicial pertinente para dilucidar la intensidad y legitimidad de los factores o características de índole intercultural, útiles para esclarecer el real significado sociocultural de los actos de sometimiento a niñas y adolescentes menores de catorce años a relaciones sexuales tempranas e imputados a miembro de comunidades campesinas y nativas.

Lineamientos para la adecuada aplicación judicial del artículo 15° en procesos penales interculturales por agresión sexual contra niñas y adolescentes

16. El artículo 15° del Código Penal regula una causal de exculpación, plena o relativa, que opera en aquellos casos donde la realización de un hecho que la ley penal califica como delito, le es imputado a quien por su cultura y valores originarios no puede comprender tal condición antijurídica y, por ende, tampoco está en capacidad de determinar su conducta conforme a tal comprensión. La doctrina penal nacional ha aportado en torno a dicho dispositivo legal diferentes lecturas y funciones dogmáticas. En tal sentido, se le ha considerado como una modalidad especial de error de prohibición o de causal de *inimputabilidad o incapacidad penal [Conforme VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: Derecho Penal. Parte General, Grijley, Lima 2013, p. 622 y ss.; HURTADO POZO, José - PRADO SALDARRIAGA, Víctor: Manual de Derecho Penal. Parle General, 4° edición, Tomo I, Idemsa, Lima 2011, p. 608 y ss.; MEINI, Iván: Lecciones de Derecho Penal - Parte General. Teoría General del Delito, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2014, p. 153 y ss.]* . Ahora bien, la consecuencia jurídica prevista por dicho artículo afecta siempre la punibilidad del hecho ilícito imputado. Por consiguiente, si se cumplen sus presupuestos normativos el agente, según los casos, no será sancionado penalmente o se le aplicará una disminución punitiva. Ahora bien, los riesgos o impactos negativos, derivados de una aplicación judicial indebida o distorsionada de tales efectos de exoneración o disminución punitiva, al recaer sobre potenciales autores de delitos tan sensibles para la comunidad nacional, como son las agresiones sexuales contra niñas y adolescentes menores de catorce años, proyectan un equivocado mensaje psicosocial de tolerancia o validación judicial de un acto delictivo. Esto es, transmiten o promueven una sensación colectiva de impunidad frente a la cual solo se esgrime como justificación el origen cultural del infractor, lo cual, por su insuficiencia o argumentación aparente, resiente toda concesión razonable de tutela jurisdiccional efectiva para los derechos fundamentales de las víctimas. Es más, como advierte un sector de la doctrina, tales prácticas erradas de la judicatura, sobre la interpretación y los límites constitucionales de la diversidad cultural, solo expresarían *"una contradicción paradójica en el sistema: garantizar los derechos fundamentales de la persona y, al mismo tiempo, considerar eximentes de pena a pautas culturales o costumbres contrarias a estos mismos derechos" [HURTADO*

POZO, José- PRADO SALDARRIAGA, Víctor: Manual de Derecho Penal. Parte General, op. cit., p. 614]. Por tanto, pues, deben fijarse lineamientos ideológicos y prácticos que posibiliten una atinada gestión de los procesos penales por tales delitos, a la vez que vinculen a los jueces penales con una delicada y escrupulosa aplicación del artículo 15° del Código Penal a los imputados. En coherencia con tales finalidades, es menester que los órganos jurisdiccionales penales de todas las instancias adopten y utilicen los siguientes criterios:

i. **Desarrollar una aplicación selectiva y restringida del artículo 15° del Código Penal, a fin de que éste no proyecte indebidamente sus efectos sobre autores de delitos de abuso y violencia sexual en agravio de niñas y adolescentes menores de 14 años.** Por tanto, deben excluirse de los alcances de dicha disposición y reprimirse penalmente, toda forma violenta de abuso o prevalimento que hayan utilizado los imputados para someter a la víctima menor de catorce años de edad a un acceso carnal. No siendo, en ningún caso, excusa suficiente el aval posterior de tales actos por parte de familiares o la aceptación por estos de cualquier forma de compensación, toda vez que la vulneración de derechos fundamentales, especialmente en casos de violencia sexual de menores de catorce años de edad, no admite compensación ni conciliación alguna. Al respecto, se valorará la fenomenología casuística relevante como las notorias diferencias de edad entre el autor y la víctima, la oportunidad y las circunstancias del hecho, la condición de vulnerabilidad de la menor agraviada, el estado civil del agresor al momento del hecho, la existencia de formas de negociación o arreglo para la entrega con fines de prácticas sexuales de la menor al margen de su voluntad y consentimiento, la aceptación de formas posteriores de composición o indemnización, la constitución y duración forzada de un estado de convivencia posterior a los hechos, el grado de aculturación adquirido por el imputado, entre otros análogos, los cuales deberán ser apreciados y motivados en cada caso por el juez para decidir su relevancia intercultural o su significado de género.

ii. **La construcción técnica e idónea de las pericias antropológicas en procesos penales sobre la materia.** La pericia antropológica es obligatoria e imprescindible, en todos los casos, para decidir la aplicación del artículo 15° del Código Penal. El órgano jurisdiccional

debe, además, supervisar que la pericia sea practicada por un profesional idóneo y con experiencia acreditada en la materia. En cuanto a su contenido y alcances, la pericia antropológica debe de centrarse en el origen la costumbre invocada y en su validez actual, procurando auscultar la presencia de vetas de ilustración en el entorno cultural de los sujetos involucrados, las cuales evidencian procesos de cuestionamiento o rechazo del sometimiento de menos de catorce años a prácticas sexuales tempranas. Asimismo, sobre la existencia de normas, procedimientos o formas de sanción que se apliquen a las agresiones sexuales en agravio de niñas y adolescentes o que no brinden a estas una tutela jurisdiccional efectiva o que discriminen su acceso a la justicia. El juez competente debe también advertir al perito sobre lo impertinente de todo contenido o conclusión pericial que pronuncie por aspectos de carácter jurídico o de naturaleza procesal o punitiva, o que descalifique a la víctima. Es pertinente, pues, recomendar que las pericias antropológicas se estructuren siguiendo un orden metodológico y expositivo homogéneo. Para ello, por ejemplo, es recomendable la estructura referida por la "*Guía Metodológica para la Elaboración de Peritajes Antropológicos en causas Indígenas*" elaborada por GUEVARA GIL y cuyos aportes principales se transcriben a continuación y se incorporan con sentido orientador en este Acuerdo Plenario *[Conforme GUEVARA GIL, Armando — VERONA, Aarón - VERGARA, Roxana (Editores): El peritaje antropológico. Entre la reflexión y la práctica, Pontificia Universidad Católica del Perú, Departamento Académico de Derecho, Lima 2015, p. 221 y ss.]*. Según dicho documento ilustrativo toda pericia antropológica debe contener, mínimamente, tres partes y que son las siguientes:

1. *"La primera parte debe incluir la descripción de la preparación del peritaje, la actuación de los métodos y técnicas de investigación, y el ordenamiento de los datos en función de la consulta hecha y del problema señalado por el juez o fiscal*
2. *La segunda parte debería considerar los puntos sobre los que versará el peritaje, ordenados de acuerdo a la lógica de los hechos y fundados en los principios de la investigación antropológica.*
3. *La última parte deberá incluir la conclusión del peritaje; es decir, la opinión o dictamen del perito sobre la consulta formulada por*

el magistrado. En este punto también podrá apoyarse en las fuentes secundarias consultadas y en todo el material (escrito o visual) recopilado que le sirve de fundamento para sustentar su dictamen."

En cuanto a su sistemática formal e interna, las pericias antropológicas, siguiendo la propuesta del citado documento orientador, debe configurarse observando el siguiente esquema:

a) La procedencia

b) Los antecedente

c) El nombre del procesado

d) El motivo del análisis

e) El método de análisis y las técnicas usadas

f) Los resultados

g) Las observaciones

h) Las recomendaciones

i) Las conclusiones

iii. **La necesaria incorporación y valoración de otros medios de prueba idóneos para contrastar, complementar o posibilitar una mejor valoración judicial de las conclusiones de relevancia intercultural aportadas por las pericias antropológicas.** Por ejemplo, la autoridad judicial a cargo del caso puede solicitar o aceptar informes (amicus curiae) o testimonios complementarios o supletorios provenientes de las autoridades comunales o ronderiles, que coadyuven a la validación, contraste crítico o reemplazo de las pericias antropológicas requeridas. La pertinencia y conducencia de estos medios debe ser flexible y solo ser sopesados por su utilidad y necesidad para la evaluación o decisión adecuada sobre la legitimidad de invocar o aplicar los efectos regulados por el artículo 15° del Código Penal. Sin embargo, y en todo caso, el órgano jurisdiccional debe abstenerse de resolver sobre la aplicación de dicha norma penal si no cuenta con ningún medio de prueba de naturaleza intercultural idóneo para ello.

iv. **La inserción en el razonamiento y argumentación de las decisiones judiciales, de la doctrina internacional y nacional sobre enfoque de**

género, interés superior del niño y compensación de la vulnerabilidad de las mujeres, niñas y adolescentes en contextos pluriculturales. Los jueces deben insertar en su razonamiento y torna de decisiones jurisdiccionales, sobre todo en aquellos casos sobre la efectividad del artículo 1 5° del Código Penal, las normas, reglas y principios vinculantes regulados por la legislación internacional y nacional alusiva proscripción de toda forma de discriminación y violencia física o sexual contra mujer y los menores de edad. Asimismo, los jueces ordinarios deben considerar también los efectos jurídicos, culturales y sociales de la prevalencia del interés superior del niño en condiciones de vulnerabilidad.

70

§70. Reconducción del delito de abuso sexual no consentido por adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años de edad al art. 170º del Código Penal

Acuerdo Plenario Extraordinario	1-2012/CJ-116
Fecha	26 de marzo del 2012
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	Rodríguez Tineo y Salas Arenas.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Rodríguez Tineo, Salas Arenas, Neyra Flores y Morales Parraguéz.
Disposiciones estudiadas	Arts. 170°, 173°.3, 175°, 176º, 176º-A, y 179°-A del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	9° al 17°

RESUMEN:

La ley válida a ser judicialmente aplicada en casos de ***abuso sexual de mayores de 14 y menores de 18 años****, es el* ***artículo 170º del Código Penal****, en tanto se debe considerar que quienes se encuentran en dicho rango de edad tienen también el derecho a ejercer su libertad sexual; sin embargo, de acuerdo con los hechos concretos, corresponderá la aplicación de los artículos 172º, 173º-A, 175º y 179º-A del* CP. *o 176º-A.3, previo análisis.*

FUNDAMENTOS:

"6º. **IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO:** Teniendo en cuenta que los mayores de 14 y menores de 18 años de edad tienen derecho a ejercer sus libertades sexuales (***Acuerdo plenario Nº 04-2008/CJ-116*** de fundamento Jurídico 12), habiendo surgido posiciones divergentes

respecto a la ley penal aplicable para los casos de acometimiento sexual violento en agravio de personas dentro de la indicada escala etárea, corresponde adoptar una decisión que unifique la jurisprudencia, para asentar la seguridad jurídica, sin forzar los elementos esenciales de los tipos penales, procurando la mejor armonía dentro del sistema penal. De esa forma se evitará posturas jurisdiccionales diferentes expresadas hoy en Ejecutorias Supremas en sentido contrapuesto emitidas una en la Sala Penal Permanente y la otra en la Sala Penal Transitoria.

7º. **HISTORIOGRAFÍA JURÍDICA DE LOS DELITOS SUB MATERIA:** Los delitos contra la libertad sexual han sido tipificados por el legislador en el **Título V** Delitos Contra la Libertad, Capítulo IX Delitos Contra la Libertad Sexual, del Código Penal de 1991. En dicho capítulo se regulan conductas que atentan tanto contra la libertad sexual como contra la indemnidad sexual. La protección normativa del segmento etáreo 14-18 en el Perú, ha tenido un tratamiento errático, que finalmente ha derivado en un "sinsentido", como más adelante se analiza.

Con la promulgación del Código Penal de 1991, no existía duda alguna al diferenciar las conductas de violación de la libertad sexual (artículo 170 CP) de la de violación pregunta (artículo 173 CP), reproduciéndose en esencia los postulados que el Código Penal de 1924 reconocía. Es de anotar que el artículo 173, en los tres incisos de su estructura, cubría la indicada protección de tres tramos: de ***0 a 7 años, de más de 7 a 10 años, y de más de 10 a 14 años***; por tanto, claramente las relaciones sexuales consentidas de los mayores de 14 y menores de 18 no se encontraban dentro del ámbito de protección de la ley penal, en tanto que los abusos sexuales en su contra se encontraban contemplados en el artículo 170, y en su caso los artículos 171, 172, 174, 175, 176, 177, 179 del CP.

La ley Nº 28704, publicada el 05 de abril de 2006, modificó el artículo 173º inciso 3º del CP e introdujo un cambio radical a la regulación que existía respecto a la libertad sexual de los adolescentes de 14 y menores de 18 años de edad, dado que no sólo penalizó dicho acto sexual sea este consentido o no y equiparó el inicio de la responsabilidad penal con el inicio del libre ejercicio de la sexualidad, sino también, desde dicha data surgieron serias controversias en cuanto enfrentan directamente con dispositivos de la propia Constitución Política del Estado, referidos al libre desarrollo de la personalidad, libertad y legalidad.

De otro lado, en el artículo 179-A del CP (texto según la Ley Nº 28251/2004) referido a las relaciones sexuales en casos de prostitución, con personas de 14 a 18 años, se ha mantenido el castigo al usuario (agente delictivo) con pena de 4 a 6 años de privación de libertad no obstante que hipotéticamente le correspondería la pena prevista en el inciso 3 del artículo 173 (que pretende sancionar cualquier relación sexual por cualquier motivo, desde la ley 28704/2006); surge por tanto un "sinsentido" notable originado en sede legislativa, que no favorece la finalidad afianzadora del derecho que se reconoce y exige deben tener los tipos penales hacia la colectividad, y crea espacios de aplicación desigual de las leyes penales.

Igualmente, al sancionar la seducción y los actos contra el pudor de menores, en los artículos 175ª y 176ª del CP, implícitamente sostienen que el objeto de protección de un mayor de 14 y menor de 18 años de edad es su libertad sexual y no su indemnidad sexual.

De ahí que resulta necesario efectuar un análisis separado del tratamiento presente en los artículos 170 y 173 del CP.

A su vez, de ello se colige que el legislador penal de 2006, erradicó el cuarto inciso del artículo 170 y su contenido fue trasladado modificando el inciso 3 del artículo 173 del CP, extendiendo el marco protector con una intensidad máxima, quedando prohibido absolutamente todo tipo de relación sexual con menores de cualquier edad.

Así diversos pronunciamientos de control constitucional difuso acogidos por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, respecto de las relaciones sexuales consentidas con personas mayores de 14 y menores de 18 años (auto declarativo de excepción de naturaleza de acción en el caso Paraguayo Quispe – Consulta Nº 2224/2007-; sentencia Jihuallanca Arapa – Consulta Nº 637/2008), así como dos Acuerdos Plenarios Supremos sucesivos, han dejado en claro que los mayores de 14 y menores de 18 años de edad gozan del derecho a la libertad para disponer de su sexualidad (y por tanto consentir o no relaciones de intimidad).

Independientemente de si la solución más óptima a ese problema es la inaplicación de la indicada norma por control difuso de constitucionalidad caso por caso, o la declaración abstracta y genérica de consentimiento como causa de justificación para todas las conductas de esta naturaleza,

lo cierto es que no cabe perseguir ni castigar a nadie que se encuentre involucrado en un supuesto de esta clase[38].

La última versión del inciso 3 del artículo 173 CP distorsiona el resto de las previsiones respecto a los delitos sexuales y genera paradojas judiciales en perjuicio de los justiciables y en contra del principio de igualdad ante la ley.

La construcción normativa de cada uno de los dispositivos indicados preceptúa lo siguiente:

Artículo 170 CP Violación sexual	Artículo 173 CP Violación sexual de menor de edad
El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad ***no menor de seis ni mayor de ocho años.*** La pena será ***no menor de doce ni mayor de dieciocho año*** e inhabilitación conforme corresponda: 1. Si la violencia se realiza a mano armada o por dos o más sujetos. 2. Si para la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco por ser ascendente, cónyuge, conviviente de éste, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines de la víctima, de una relación proveniente de un contrato de locación de servicios, de una relación laboral o si la víctima le presta servicios como trabajador del hogar. 3. Si fuese cometido por personal perteneciente a las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, Serenazgo, Policía Municipal o vigilancia privada, en ejercicio de su función pública.	El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad: 1. Si la víctima tiene ***menos de 10 años de edad***, la pena será de cadena perpetua. 2. Si la víctima tiene ***entre 10 años de edad y menos de 14***, la pena será no menor de treinta años ni mayor de treinta y cinco 3. ***Si la víctima tiene entre 14 años de edad y menos de 18, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.*** Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena para los sucesos previstos en los incisos 2 y 3, será de cadena perpetua.

[38] Como el Acuerdo Plenario no tiene carácter de ley, no resulta aplicable el art. 6 del CP, y por ello corresponde tanto a la sociedad civil como al Ministerio Público y a la Defensoría del Pueblo atender la situación de las personas actualmente privadas de libertad, sufrido condena en acatamiento mecánico del artículo 173.3 CP, cuando hubieron relaciones sexuales consentidas con personas mayores de catorce y menores de dieciocho años, formulando los planteamientos idóneos para resolver esa materia.

Artículo 170 CP Violación sexual	Artículo 173 CP Violación sexual de menor de edad
4. Si el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave. 5. Si el autor es docente o auxiliar de educación del centro educativo donde estudia la víctima.	

8º. HISTORIOGRAFÍA DEL TRATAMIENTO JURISDICCIONAL DE LA MATERIA: La Corte Suprema de Justicia de la República, en Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias, emitió como doctrina legal jurisprudencial vinculante los ***Acuerdos Plenarios Nº 07-2007/CJ y Acuerdo Plenario Nº 04-2008/CJ-116,*** respecto a la interpretación del artículo 173.3º del CP.

El PRIMERO de ellos establecía que cuando las relaciones sexuales con menores entre 16 y menos de 18 años fuesen voluntarias es aplicable el artículo 20.10º CP, esto es, la exención de la pena operando la institución del consentimiento, dado que los adolescentes tienen libre disposición sobre su libertad sexual, tal aseveración se realiza siguiendo las pautas del Código Civil referidas a la capacidad relativa de los menores de 18 años de edad para contraer matrimonio; sin embargo, refiere este mismo acuerdo que las relaciones sexuales con menores entre 14 y menos de 16 años de edad constituye delito, limitándose a establecer que por el principio de proporcionalidad o prohibición en exceso, prevista en el artículo VIII del Título Preliminar del CP, la pena debería atenuarse hasta los límites considerados para los delitos tipificados en los artículos 175º y 179º-A del Código ya mencionado, siempre que concurran los siguientes factores:

A. Diferencia etárea entre sujeto activo y pasivo no excesiva,

B. Existencia entre sujetos activo y pasivo de un vínculo sentimental carente de impedimentos o tolerado socialmente, y

C. Presencia de costumbre y percepción cultural de los sujetos que postule la realización de prácticas sexuales o de convivencia temprana.

Con este segundo acuerdo se amplió el alcance de la exención de pena por la institución del consentimiento para las relaciones con adolescentes que tienen de 14 años a más, pues –según se refiere- a partir de los artículos

175º y 176º del CP se puede concluir que los adolescentes mayores de 14 años en ejercicio de su libertad sexual, pueden consentir, sin que sea penado, que se les haga tocamientos, lo que importa una causa genérica de atipicidad, ampliando el duodecimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario Nº 7-2007/CJ-116 a toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de 14 a 18 años de edad.

9º. **CARÁCTER DE LOS TIPOS PENALES:** El tipo penal es la descripción concreta de la conducta prohibida hecha por el legislador (del contenido o de la materia de la norma). El tipo, es un instrumento legal que pertenece al texto de la ley. Es necesaria al poder penal, porque sin el tipo no se puede delimitar el campo de lo prohibido en el que interviene el Derecho Penal. Para la moderna teoría de la imputación, el tipo debe acoger, en principio todos los elementos que fundamentan el contenido material del injusto de un determinado delito. Se debe describir de manera exhaustiva la materia de prohibición (FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal – Parte general.* Editora Grijley, Lima, 2009, páginas 94/ss). Así, la Ley Penal tiene que ser *certera y estricta* no pudiendo ser interpretada aplicándola a situaciones o casos parecidos. Se garantiza al ciudadano su seguridad jurídica que deberá fundamentarse en la interpretación literal de la norma penal. El legislador debe redactar tipos cerrados o determinados, pues los indeterminados o abiertos procuran incertidumbre que no puede ser atendida con alcances análogos (JAVIER VILLA STEIN: *Derecho Penal Parte General.* Tercera Edición, Editorial Grijley, Lima, página 92).

La tipificación de conductas punibles se debe establecer mediante la ley expresa libre de ambigüedad, materializando el principio de legalidad cuyo fundamento constitucional se ubica en el artículo 2 numeral 24 inciso d de la Constitución Política del Perú, que expresa que ***nadie podrá ser procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley***, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley; principio también reconocido en el artículo 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así también, el artículo II del Título Preliminar del Código Penal. Por ende, el principio de legalidad tiene una de sus más importantes aplicaciones en la teoría de la tipicidad

(EUGENIO ZAFFARONI: *Manual de Derecho Penal Parte General,* Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, página 374).

La racionalidad de las leyes penales, supone someter el proceso de criminalización primaria a una serie de etapas o estadios pre legislativos: importa la adecuación de la decisión normativa a los principios legitimadores del Derecho Penal bajo la concepción Política-ideológica del Estado Social y Democrático de Derecho. Las normas penales no pueden ser concebidas como una mera manifestación normativa de una actividad legislativa del Estado, pues estas importan la mayor injerencia estatal sobre los bienes jurídicos más preciados de los individuos; de tal manera que la normativa penal debe adentrarse al campo de los valores y de los fines propuestos, esto es, desde una racionalidad axiológica y teleológica a la vez. El Derecho Penal no es la mera puesta en escena de una postura del Estado frente al delito, sino la forma racional de resolver los conflictos sociales más graves de nuestra sociedad. De ahí que la política criminal deba someterse a los principios de subsidiariedad, fragmentariedad y de última ratio, como fundamentos ordenadores de la violencia punitiva en una sociedad libre y democrática (GACETA JURÍDICA: *Diálogo con la Jurisprudencia Nº 108.* Análisis de la Sentencia de control constitucional difuso –caso Tome Guillén- emitida por la Segunda Sala Penal Superior de Arequipa, Lima, 2007).

10º. CONNOTACIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS PENALMENTE PROTEGIDOS: El bien jurídico queda establecido dentro de la norma jurídica, de manera que a cada norma le corresponde un bien jurídico. Esto es creado por el derecho que elige los objetos que en opinión del legislador merecen protección; así, bien jurídico será todo lo que, aun no constituyendo derecho, es valorado por el legislador como condición para que la vida comunitaria se desarrolle normalmente. Por lo que es interés de la comunidad conservarlo íntegro protegiéndolo mediante normas jurídicas. El objeto del legislador no es la defensa de intereses jurídicos individuales, sino el mantenimiento de las condiciones complejas para que la paz social no sea perturbada y los individuos puedan desarrollarse normalmente y ejercer sus derechos en libertad (JOSÉ HURTADO y VITOR PRADO: *Derecho Penal Parte General,* 4ta Edición, Editorial IDEMSA, 2011, página 14). Todo bien jurídico debe partir de los principios fundamentales basados en la Constitución a través de los cuales se les marcan sus límites de potestad punitiva al Estado, calificando a los bienes jurídicos como

aquellas circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema (CLAUS ROXIN: *Derecho Penal – Parte General, la Estructura de la Teoría del Delito,* Tomo I, Traducción de la 2da. Edición Alemana por Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal; Editorial Civitas, Reimpresión, 2000, página 56). El Derecho Penal no puede intervenir en todos los conflictos sociales, sino que se limita a la protección de los valores fundamentales del orden social, estos valores son los denominados bienes jurídicos –interés jurídicamente tutelado-. Un Derecho Penal democrático sólo debe proteger aquellos bienes jurídicos que se valoran como absolutamente indispensables para la permanencia y el desarrollo de la coexistencia pacífica (LUIS BRAMONT ARIAS TORRES: *Manual de Derecho Penal* – Parte General, Tercera Edición, Editorial EDDILI, Lima, 2005, página 92). Por ende, no existen bienes jurídicos que fluctúan libremente sin estar asignados a un titular, sino sólo aquellos de cuya titularidad goza un individuo o un colectivo (OLMEDO CARDENETE: *Introducción al Derecho Penal,* Ara Editores, 2007, página 53). De ahí que el artículo IV del Título Preliminar del CP ha establecido que la imposición de pena necesariamente requiere la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley; entiéndase bienes jurídicos relativos al tipo penal correspondiente (expresión del carácter estricto del tipo penal), para no extender los alcances del Derecho Penal fuera de los límites de lo racional.

Si bien la fuente principal del Derecho Penal es la ley, su aplicación es insuficiente a partir de una mera interpretación literal de la misma, ya que en la actualidad la interpretación teleológica es el más importante criterio de interpretación, lo cual evidentemente se efectúa con el apoyo de la jurisprudencia, la costumbre, principios generales del derecho, la doctrina, entre otras fuentes. Lo anterior va de la mano con la concepción de bien jurídico, pues esta constituye la base de la estructura e interpretación de los tipos, siendo el núcleo central y directriz en la formación del tipo, constituyendo así mismo el motivo y el límite del Derecho Penal (BERND SCHÛNEMANN: *El derecho Penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos,* Sobre los límites inviolables del Derecho Penal en un Estado liberal de Derecho, Traducción de Ángela de la Torre Benítez, Serie: Cuadernos de conferencias y artículos Nº 38, Bogotá, página 21).

El bien jurídico tutelado en los tipos penales constituye su esencia; no es de libre generación o determinación, menos aún judicial, y desde que no existe en el Estado Democrático de Derecho un solo tipo penal que no afecte o ponga en riesgo algún bien jurídico de relevancia tal que merezca protección bajo amenaza de sanción como delito, se ha de concluir que forma parte del carácter estricto relativo a la tipología penal.

La judicatura Penal Suprema ha establecido recientemente en el Acuerdo Plenario Nº 1-2011/CJ-116 de seis de diciembre del dos mil once en el fundamento 16 que, en los atentados contra persona que no pueden consentir jurídicamente, cuando el sujeto pasivo es incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental, o por su minoría de edad, lo protegido no es una inexistente libertad de disposición o abstención sexual, sino la llamada *"intangibilidad" o* ***"indemnidad sexual"***. Se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque existe tolerancia de la víctima, lo protegido son las condiciones físicas o psíquicas para el ejercicio sexual en libertad. Asimismo, en el Fundamento 15 se ha fijado que el bien jurídico en el Derecho Penal sexual no es una difusa moral sexual, la honestidad, las buenas costumbres o el honor sexual. Desde una perspectiva de la protección de bienes jurídicos relevantes, se considera que el bien jurídico tutelado en los atentados con personas con capacidad de consentir jurídicamente es la libertad sexual. En el fundamento 18 se estableció que atendiendo al bien jurídico protegido en el delito de violación sexual, esto es, la ***libre autodeterminación en ámbito sexual***, una buena parte de la doctrina nacional sostiene que, en estricto, lo que reprime este delito es un abuso sexual indeseado, no voluntario, no consentido, el criterio de la doctrina que sobre el particular sostiene (RAMIRO SALINAS SICCHA: *Los delitos de carácter sexual en el Código Penal peruano*, 2da Edición, Juristas Editores, Lima, 2008, páginas 41 y ss).

11º. CONNOTACIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL: La libertad sexual tiene como objeto de tutela penal, a las facultades o capacidades de la persona de determinarse espontáneamente en el ámbito de la sexualidad, ésta se configura como una concreción de la "libertad personal", automatizada a partir de la esfera social en la que se desenvuelven los propios comportamientos sexuales (TOMÁS GALVEZ VILLEGAS y WALTER DELGADO TOVAR: *Derecho Penal – Parte Especial*, Tomo II, Primera Edición, Jurista Editores, Lima, 2011, páginas 383/385/451).

Es una concreción y manifestación individual de la libertad personal que expresa la facultad y el poder de autodeterminarse de manera espontánea y sin coacción externa, abuso o engaño dentro del ámbito de las conductas sexuales, por lo tanto, en el uso de dicha libertad, toda persona tiene el derecho de decidir si desea o no tener acceso carnal con alguien de forma libre y voluntaria (IVAN NOGUERA RAMOS. *Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual*, Editores Jurídica Grijley, Lima, 2011, páginas 39/42).

Es claro que el consentimiento expresado por el titular del bien jurídico opera como causa de justificación en materia de sexualidad y exime de responsabilidad penal para quien sostiene relaciones sexuales con ellos, en pro de un sistema coherente, y opera desde los 14 años.

12º. **CONNOTACIÓN DE LA INDEMNIDAD SEXUAL:** La protección de la indemnidad sexual, está relacionado con la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo normal en el ámbito sexual de quienes aún no han alcanzado el grado de madurez suficiente. Para ello, como sucede en el caso de menores, así como con la protección de quienes, debido a anomalías psíquicas, carecen a *priori* de plena capacidad para llegar a tomar conciencia del alcance del significado de una relación sexual (RAMIRO SALINAS SICCHA: *Derecho Penal – Parte Especial*, Volumen II, Cuarta Edición, Editorial Grijley, Lima, 2010, páginas 645/650). Los menores no tienen la capacidad física ni psíquica para ejercer su derecho a orientar y decidir sobre su vida y libertad sexual, y por ello no están en condiciones de ejercer una autodeterminación capaz de comprometer válidamente su comportamiento sexual, en tal sentido, las normas y la doctrina nacional y comparada, consideran que la "indemnidad sexual" es el objeto fundamental de tutela penal respecto a los referidos menores de edad. En cuanto a los accesos carnales no consentidos en agravio de menores entre 14 y 18 años, sostiene que es urgente y necesario que se regule una modalidad agravada del artículo 170 CP, como la prevista en la dación de la Ley Nº 28251 –que modificó el artículo 170º- que contiene este supuesto, atendiendo además a la mayor entidad del injusto, pues el grado de afectación es mayor (TOMÁS GÁLVEZ y WALTER DELGADO: *Derecho Penal – Parte Especial*, Tomo II, Primera Edición, Jurista Editores, Lima, 2011, páginas 383/451).

13º. **CARÁCTER DEL FENÓMENO DE SUBSUNCIÓN:** producidos los hechos de connotación criminal, el conjunto fáctico debe ser concuasado

(casado) en los marcos del "molde normativo" preestablecido por la ley, por el legislador competente autorizado constitucionalmente para fijar los lineamientos de la política criminal. Es claro que los jueces no dictan leyes, pero sí han de interpretar y aplicar las que dicta el Parlamento, en cuanto sean acordes con la Constitución y los principios fundamentales de los Derechos Humanos, de los que deriva toda la arquitectura jurídico penal de los sistemas democráticos. De ahí que la operación lógica de subsumir los hechos en las normas penales ha de respetar la taxatividad para no extender los tipos penales por interpretación, ni destipificar conductas penales que la representación del pueblo en el parlamento ha considerado deben ser objeto de tutela penal, con una expectativa preventiva y de sanción, cuando corresponda.

Ciertamente la identificación de los hechos ha de ser precisa (cuando menos suficiente para iniciar el proceso, pero cabal al momento de definirlo), pero indudablemente ello implica que el marco normativo ha de ser exacto, esto es debe estar libre de antinomias y sinsentidos y ser claro (inteligible) tanto para el jurista como para el ciudadano ajeno al conocimiento jurídico. De ahí que la labor legislativa consiste en más que dictar leyes aprobándolas tras los dictámenes y debates, con la mayoría correspondiente; las leyes deben ser coherentes con el sistema, cabales, libres de ambigüedades, para motivar la colectividad y para permitir una aplicación diáfana.

La labor judicial consiste en aplicar racionalmente las leyes, discernir en caso de conflicto de leyes e inaplicar las que colisionan con la Constitución.

14º. **PRECISIONES DOGMÁTICAS:** El artículo IV del Título Preliminar del CP ha recogido la prudente orientación de la doctrina, que ha guiado al Legislador hacia la construcción de los tipos delictivos a partir de la protección *ultima ratio* de cuando menos un bien jurídico trascendente que resulta materialmente dañado o puesto en peligro, con la acción u omisión dolosa o culposa que el sujeto activo despliega. Dado que el orden sustantivo penal se ha edificado a partir de los bienes jurídicos, no hay, ni puede haber ningún tipo penal al margen de por lo menos uno (o más de uno, en los delitos pluri ofensivos)

No cabe por tanto considerar hipotéticas conductas criminales que no tengan como sustento (como alma esencial) un bien jurídico concreto (el contenido del tipo informa a la sociedad sobre la protección que el Estado otorga a la colectividad, sobre la prohibición que se ha seleccionado bajo sanción).

Expresado ello, con la tipificación de los delitos contra la libertad sexual, se protege la indemnidad sexual y la libertad sexual, esta última expresada en dos ámbitos:

A. **Positivo.-** capacidad de la persona de libre disposición de su cuerpo para efectos sociales o la facultad de comportarse en el plano sexual según sus propios deseos.

B. **Negativo.-** derecho de impedir intromisiones a dicha esfera, cuando no media su consentimiento.

La construcción de las conductas criminales previstas en los artículos 170 y 173 CP, han sido objeto de modificaciones; en el concreto caso del artículo 173, se ha producido un conjunto de transformaciones (avances y retrocesos legislativos) que han derivado de la versión final en la que se extrajo la descripción fáctica contenida en el inciso 4 del segundo párrafo del artículo 170 (según Ley 25251/2004) y que fue trasladada automáticamente al inciso 3 del artículo 173, modificando los cuantificadores etáreos de la escala precedente, sin tomar en cuenta que se trata de dos tipos penales autónomos.

Mientras el artículo 170 CP describe una conducta de acometimiento sexual abusivo (mediando vía absoluta o vía compulsiva) siendo el bien jurídico tutelado esencialmente la libertad sexual[39], ajena por tanto a toda posibilidad de advenimiento o consentimiento de la víctima; el artículo 173 describe un elenco de conductas de relación sexual con menores de edad, sin considerar -por innecesario- ningún tipo de violencia (ciertamente algunos menores de edad no tienen capacidad de ejercicio, y por tanto no podrían consentir válidamente las relaciones sexuales de las cuales son objeto; así todos los menores de 14 años).

Por lo que la agresión sexual tiene el rasgo esencial de llevarse a cabo con violencia o intimidación, para doblegar la voluntad de la víctima (ALFONSO SERRANO GÓMEZ y ALFONSO SERRANO MAÍLLO: *Derecho Penal Parte Especial*, Décima Edición, Dykinson, Madrid, 2005, página 215).

La transportación mecánica del supuesto del inciso 4 del segundo párrafo del artículo 170 al inciso 3 del artículo 173 CP, ha disfuncionado el afán

---

[39] Cuando concurren el delito de violación sexual con resultado de lesiones, interesan también como bienes jurídicos la salud o la vida, según el caso.

político-criminal de proteger de modo más intenso a los integrantes de este grupo etáreo. En consecuencia, si el artículo 173.3 CP no se aplica para las relaciones sexuales consentidas de los mayores de 14 y menores de 18 años, ¿Queda algún contenido en dicha disposición?

- **Quienes responden afirmativamente,** sostienen que este sub tipo penal abarcaba tanto las revelaciones sexuales consentidas como las abusivas, por lo que eliminadas las posibilidades de relaciones consentidas, queda vigente la norma para las relaciones abusivas (así entre otros GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, Ponencia al I Pleno Extraordinario Penal 2012).
- **Quienes responden en sentido negativo,** sostienen que al no haber posibilidad de relaciones sexuales consentidas en el artículo 173, para ninguna de sus tres escalas, porque los menores de 0 a 10 años no pueden expresar consentimiento, y lo propio tratándose de menores de 10 a 14 años, de modo que esa misma regla tiene que regir para la escala de 14 a 18 años, de modo que por ilogicidad del contenido del inciso 3 con el resto del Ordenamiento Jurídico nacional, no cabe considerar que hubiera delito en las relaciones sexuales consentidas.

Al no haber previsto en dicho sub tipo la presencia de violencia para las relaciones sexuales, no cabe extender los alcances de la norma por interpretación ***contra reo***, por lo que el inciso 3 del artículo 173 CP ha quedado efectivamente vacío de contenido.

En este sentido, la lesión de la libertad sexual requiere necesariamente la presencia de conductas mediales que anulen su manifestación: fraude (engaño), violencia, amenaza, generar estado de inconsciencia o imposibilidad de resistir; mientras que, para la lesión de la indemnidad sexual es irrelevante la presencia de alguna de estas conductas mediales. La protección pretendida por el legislador con la tipificación y modificación del artículo 173°.3 del CP persigue proteger a los menores de ataques sexuales, habiendo el legislador anulado la manifestación de la libertad sexual (RAFAEL CANCHO ALARCÓN: En Ponencia al I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal, Marzo 2012).

La aplicación del artículo 173.3 CP para condenar los abusos sexuales genera paradojas diversas[40].

15º. **COLISIÓN APARENTE DE NORMAS:** El conflicto de normas del mismo rango surge cuando las dos son válidas y dicha antinomia se resuelve bajo las reglas de temporalidad y especialidad. El concepto de validez implica no solo que las normas estén escritas en la ley especial o en un cuerpo codificado, sino que sean materialmente aplicables sin objeciones dogmáticas trascendentes.

La aparente colisión normativa coloca de un lado el inciso tercero del artículo 173 CP y 170 CP; y del otro, directamente los artículos 175, 179-A y 170 CP o indirectamente el inciso 3 del artículo 176-A del CP.

Es de resaltar que en el acervo legislativo nacional hay normas que no se han derogado pero que no son válidas; así entre otros casos, el artículo 245 C de PP (silencio del acusado en el juicio oral, objeto de desuetudo); el artículo 2 de la Ley Nº 26640 (delito de contumacia, objeto de desuetudo); el artículo 95 y 100 del C de PP (señalamiento de bienes libres para el embargo, norma declarada inaplicable por inconstitucional, decisión confirmada por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, en la causa 1999-2168 de la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa); el artículo 10 del D. Leg. 813 (caución tasada en delito tributario, declarada inaplicable por inconstitucionalidad, decisión confirmada por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, en la causa Nº 2004-2741).

Como se ha indicado, todo el artículo 173 CP tiene como sustento esencial la indemnidad sexual de los menores, como ánima esencial de todos los componentes del tipo (bien jurídico penal específicamente protegido, diferente al de la libertad sexual).

---

[40] De persistirse en la aplicación mecánica del artículo 173º.3 CP, en tanto el bien jurídico que dicho dispositivo protege es la indemnidad sexual, se afianzaría la tutela de aquel bien absolutamente indisponible; como consecuencia, se regeneraría de facto el criterio incoherente con el resto del derecho peruano, bajo el cual resulta imposible que varios de los adolescentes mayores de 6 años contraigan matrimonio sin cometerse delito en su agravio (en contra de lo que establece el artículo 224º del Código Civil), colisionando con normas fundamentales y constitucionales que reconocen el derecho al libre desarrollo de los adolescentes; además, quedarían vacíos de contenido (careciendo de sentido jurídico propio por absorción de sus respectivos supuestos) los artículos 175º y 179º-A del CP, e incoherente el sentido del inciso 3 del artículo 176-A del CP.

La inclusión de la escala etárea del tramo 14-18 años tuvo como finalidad la de eliminar la posibilidad del consentimiento en cuestiones de índole sexual en las personas de aquellas edades; por tanto, en ninguno de los supuestos del artículo 173 CP se halla previsto el comportamiento violento de ninguna clase.

De ello se deriva que, como consecuencia del Acuerdo Plenario N° 04-2008/CJ-116, la construcción normativa del inciso 3 del artículo 173 CP resulta describiendo una conducta extraña al bien jurídico particularmente tutelado por el referido dispositivo, impertinente a su núcleo esencial o fundamental.

No obstante, es indudable que la conducta de acometimiento sexual abusivo o violento en agravio de personas mayores de 14 y menores de 18 años de edad, es delictiva; no ha quedado destificada, sino que se ubica dentro del marco de las previsiones del primer o segundo párrafo del artículo 170 CP según el caso, o del artículo 171 o 172 CP según la presencia de circunstancias que le den gravedad, o en su caso del artículo 176 o 179-A CP.

Tema aparte es el de la intensidad proporcional de la pena, esa materia no se aborda en este momento.

El legislador disfuncionó la protección que intentaba generar, desarreglando además la coherencia interna en el sistema de persecución de los delitos sexuales relativos a los menores de edad.

Cabe resaltar que la disfunción generada es de tal naturaleza que afecta el Capítulo IX y se proyecta al Capítulo X del propio Título, en cuanto el artículo 179-A (usuario cliente), e incide gravemente en la tarea judicial de imposición concreta, racional y proporcional de las penas. Así, para la nueva conducta de relación sexual que según el inciso 3 del artículo 173 del CP no requiere motivo alguno, y corresponde en abstracto sanción de 25 a 30 años de pena privativa de libertad, si el agente emplea engaño (artículo 175 CP según la Ejecutoria Suprema Recurso de Nulidad N° 1028-2004-ICA de 24 de enero de 2005 bajo la ponencia del Juez Supremo Prado Saldarriaga y con la intervención, entre otros, de J. Villa Stein) la escala de sanción será de 3ª 5 años en tanto que, si la víctima –en uso de su negada libertad sexual- se dedica a la prostitución (artículo 179-A), la condena será de 4 a 6 años.

Se consagra con ello un tratamiento notoriamente desigual, frente a supuestos similares, todo lo cual permite cuestionar desde el plano de la

coherencia intrasistemática la validez de la construcción normativa del inciso 3 del artículo 175 del CP.

No existe por tanto un auténtico conflicto de leyes, dado que para tal situación tendría que haber dos o más todas válidas, todas del mismo rango y total o parcialmente contrapuestas entre sí.

Lo que existe es una norma que ha quedado vacía de contenido sustancial (inciso 3 del artículo 173 CP), y una norma base en cuyo tipo y bien jurídico **encaja con comodidad** el supuesto de hecho indicado en el artículo 170 CP, disposición que el legislador podría, en ejercicio racional de sus potestades constitucionales, perfeccionar; existiendo además otras normas que opera armónicamente (esto es, los artículos 171 y 172 CP), en tanto que también existen otras varias normas penales que siendo válidas y no estando derogadas, han sido puestas total o parcialmente en entredicho por el contenido de la primeramente indicada (nos referimos a los artículos 175, 176-A.3 y 179-A CP).

16º. **SOLUCIONES LEGISLATIVAS AL PROBLEMA:** Desde la perspectiva normativa, para dar connotación conglobante y asignarle validez al texto actual del inciso 3 del artículo 173 CP, el legislador tendría que incluir en la descripción típica, la presencia de violencia (física o psicológica -amenaza-), como circunstancia de agravación de los incisos 2 y 3, o cuando menos en el 3 del artículo 173.

Pero mucho más eficaz y conveniente resulta que el legislador (atendiendo, entre otros pedidos de la sociedad civil, los planteamientos de DEMUS sobre el particular) reponga el sentido del inciso 4 del segundo párrafo (anterior versión) del artículo 170 CP, castigando como violación agravada de la libertad sexual, la conducta violenta contra personas mayores de 14 y menores de 18 años de edad, agregando (en realidad restableciendo) dicho supuesto de hecho en el texto actual del indicado artículo, como el inciso 6 del segundo párrafo o creando un tercer párrafo con el contenido precitado, incluyendo nueva y razonable escala punitiva, coherente con las sanciones que se han establecido para los otros delitos sexuales del mismo capítulo del Código Penal.

17º. **SOLUCIÓN JUDICIAL A LA CONTROVERSIA:** No se ha de forzar el alcance del bien jurídico correspondiente a la conducta de abuso sexual en agravio de personas cuya disponibilidad de su libertad sexual se ha reconocido, por lo que en tanto no rectifique el Parlamento Nacional lo que se halla desarreglado, de todo lo precedentemente analizado se concluye

que la ley válida a ser judicialmente aplicada en casos de abuso sexual de mayores de 14 y menores de 18 años, es el artículo 170 del Código Penal (entendido como tipo penal y el bien jurídico que le es propio), y según los hechos concretos, corresponderá en su caso, la aplicación de los artículos 172, 173-A, 175 y 179-A del CP o 176-A.3, como fuera atinente.

Con la indicada solución, el capítulo IX (Violación de la Libertad Sexual) y el capítulo X (Proxenetismo) del Título IV (Delitos contra la Libertad) del Libro segundo (Parte Especial) del Código Penal, recuperan la coherencia que el legislador había distorsionado y los justiciables sometidos a los alcances de los artículos 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176 y 179-A CP, readquieren la vigencia plena del principio de igualdad ante la ley." (Sic.)

71

§71. Delitos contra la libertad sexual y trata de personas: diferencias y penalidad

Acuerdo Plenario	3-2011/CJ-116
Fecha	06 de diciembre del 2011
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	Prado Saldarriaga.
Jueces Supremos	Villa Stein, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Neyra Flores, Villa Bonilla, Calderón Castillo y Santa María Morillo.
Disposiciones estudiadas	Arts. 50°, 153°, 179°, 181° y 182° del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	8° al 20°

RESUMEN:

*Los arts. 153°, 179° y 181° CP. Regulan conductas delictivas diferentes. La **trata de personas** atenta contra la libertad personal; la **violación sexual**, contra la libertad sexual; mientras que en los delitos de **favorecimiento a la prostitución o proxenetismo**, se vulnera la moral sexual de la sociedad y la dignidad sexual de aquella persona que es prostituida o explotada sexualmente.*

*Otra diferencia radica en que **la violación sexual es un delito de propia mano por el que se sanciona al que tiene de modo directo y personal el acceso carnal o acto análogo con la víctima**; mientras que **en la trata de personas, se reprime a quien coloca a la víctima**, a través de actos traslativos en una situación de vulnerabilidad **para ser explotada sexualmente por otro** (delito proceso); y **en el favorecimiento a la prostitución o proxenetismo se sanciona al que favorece la prostitución de otro**, o al que de manera fraudulenta o violenta entrega físicamente a la víctima a otro para el acceso carnal.*

Sin embargo, quien práctica la trata puede, también, dedicarse de modo sucesivo o paralelo a la promoción o explotación directa de la persona a quien captó, trasladó o retuvo inicialmente con la finalidad de entregarla a TERCEROs promotores de la prostitución o proxenetas potenciales o en ejercicio, por lo que nos encontramos ante la posibilidad de un concurso real que deberá ser analizado en cada caso concreto por el Órgano Jurisdiccional.

FUNDAMENTOS:

"Antecedentes:

6°. El texto original del artículo 182° del Código Penal –en adelante, CP- tipificó el delito de trata de personas en el Capítulo IX "Proxenetismo", del Título IV "Delitos contra la Libertad", del Libro SEGUNDO "Parte Especial". Posteriormente, la ratificación y aprobación por el Estado peruano de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y de sus dos Protocolos Adicionales, entre ellos el "Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños" (Decreto Supremo N° 088-2001-RE y Resolución Legislativa N° 27257), motivó la ampliación del tipo penal del artículo 182° CP a través de la Ley N° 28251, publicada el 8 de junio de 2004. Luego, por Ley N° 28950, del 16 de enero de 2007, se derogó dicho dispositivo legal, reubicándose el delito de trata de personas en los artículos 153° y 153°-A CP del Capítulo I "Violación de la Libertad Personal" del aludido Título IV [CAPITAL HUMANO Y SOCIAL ALTERNATIVO: *La Trata de Personas en el Perú*, Lima, 2011, pp. 15-22]. La nueva morfología sistemática de dicho delito incluyó en tales numerales un tipo penal de trata de personas y un catálogo de circunstancias agravantes de diferente grado o nivel.

7°. La actual regulación del delito de trata de personas y las modificaciones sucesivas que han sufrido los delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales, específicamente los de proxenetismo (artículos 179° y ss. CP) han generado problemas hermenéuticos con consecuencias prácticas negativas. Por ejemplo, la confusión típica del hecho imputado como favorecimiento a la prostitución o proxenetismo (artículos 179° y 181° CP) en casos donde en realidad configura un supuesto evidente de trata de personas o viceversa; o su calificación paralela en ambas figuras delictivas. Lo cual, suscita notorias distorsiones en la determinación judicial de la

pena a imponer, afectando la adecuada evaluación del injusto conforme a los principios de proporcionalidad y razonabilidad jurídicas que demanda la ley.

Por tanto, resulta oportuno y necesario plantear criterios vinculantes que posibiliten una identificación adecuada de los delitos imputados, así como dilucidar si se configuran en el caso *sub judice* supuestos de concurso de delitos (ideal o real), o un concurso aparente de leyes.

Los tipos penales y sus características:

A. La trata de personas (artículo 153° CP)

8°. El supuesto de hecho en este delito involucra cuatro conductas típicas. Promoción que implica un comportamiento que estimule, instigue, anime o induzca; favorecimiento que refiere a cualquier conducta que permite la expansión o extensión; financiación que conlleva a la subvención o contribución económica; y facilitación que involucra cualquier acto de cooperación, ayuda o contribución. Estas conductas se vinculan y expresan en la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de personas en el territorio nacional o para su salida o ingreso al país, para lo cual se emplean medios violentos o fraudulentos. En el plano subjetivo el agente actúa dolosamente y orientado por fines ilícitos que constituyen la esencia de la trata, como el ejercicio de la prostitución, explotación laboral, esclavitud o extracción o tráfico de órganos o tejidos humanos, etcétera [RAMIRO SALINAS SICCHA: *Derecho Penal. Parte Especial - Volumen I*, Grijley, Lima, 2010, p. 487 y ss.].

B. El delito de favorecimiento a la prostitución (artículo 179° CP)

9°. El comportamiento típico consiste en promover o favorecer la prostitución de otra persona. Conforme lo sostiene la doctrina nacional, promover implica iniciar, incitar o ejercer sobre otro una influencia para que realice una determinada acción, en el caso sub examine, la prostitución. En tanto que favorecer, es sinónimo de cooperar, coadyuvar o colaborar a fin de que el desarrollo de tal actividad ya establecida se siga ejerciendo [RAÚL A. PEÑA CABRERA: *Estudios de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra*

la Libertad e Intangibilidad Sexual. Aspectos Penales, Procesales y Criminológicos, Ediciones Guerrero's, Lima, 2002, p. 164].

C. El delito de proxenetismo (artículo 181° CP)

10°. La conducta delictiva consiste en comprometer, seducir o sustraer a una persona para entregarla a otra con el objeto de mantener acceso carnal (vaginal, anal o bucal) a cambio de una compensación pecuniaria. Por comprometer se entiende crear en el sujeto pasivo una obligación con otro, de tal modo que resulte exigible su cumplimiento. Por otro lado, seducir implica engañar o encauzar a alguien hacia la toma de una decisión equivocada a través del ofrecimiento de un bien. En tanto que sustraer conlleva el apartar, separar o extraer a una persona del ámbito de seguridad en el que se encuentra El tipo penal no hace referencia a los medios que pueda emplear el agente para la realización de dichos comportamientos. Generalmente, se empleará algún medio de coerción como la violencia o intimidación [LUIS ALBERTO BRAMONT-ARIAS TORRES y MARÍA DEL CARMEN GARCÍA CANTIZANO: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ta. Edición, Editorial San Marcos, Lima, 2004, p. 273].

D. La situación de las víctimas menores de edad

11°. Merece especial atención lo concerniente a la pena conminada y a su relación con la edad del sujeto pasivo, que en la *praxis* judicial resulta ser la principal fuente de problemas hermenéuticos y distorsiones prácticas. En efecto, el sujeto pasivo en todos estos delitos puede serlo una persona adulta o un menor de edad. En el supuesto del menor de edad, el contenido del injusto se encuentra diferenciado en virtud al nivel etáreo con que cuenta la víctima y es tratado siempre como una agravante específica.

No obstante ello, los estándares de pena conminada para los delitos que se están analizando difieren notablemente. Así, en el caso de los delitos de violación sexual de menor de edad, el quantum punitivo es agravado secuencialmente desde los 25 años de pena privativa de libertad hasta cadena perpetua. En cambio, en la trata de personas, la pena fijada para las circunstancias agravantes específicas basadas

en la edad de la víctima oscila desde los 12 hasta los 35 años de privación de libertad. Empero, la sanción es ostensiblemente menor a los casos anteriores cuando se trata de actos de favorecimiento a la prostitución o la explotación sexual de una persona menor de edad, ya que las penas fluctúan para el primer delito entre 5 y 12 años de pena privativa de libertad, mientras que para el segundo supuesto típico se prevé una pena privativa de libertad no menor de 6 ni mayor de 12 años.

Relaciones sistemáticas, teleológicas y punitivas entre los tipos penales:

12°. La trata de personas, en los términos como aparece regulada en el Código Penal vigente, constituye un delito que atenta contra la libertad personal [RAMIRO SALINAS SICCHA: *Derecho Penal. Parte Especial - Volumen I,* Editorial Grijley, Lima, 2010, p. 498], entendida como la capacidad de autodeterminación con la que cuenta la persona para desenvolver su proyecto de vida, bajo el amparo del Estado y en un ámbito territorial determinado. En cambio, la violación sexual vulnera la libertad sexual, que comprende también la capacidad de autodeterminación de la persona pero referida al ámbito específico de las relaciones sexuales. En tanto que, en los delitos de favorecimiento a la prostitución o proxenetismo, se vulnera la moral sexual de la sociedad y la dignidad sexual de aquella persona que es prostituida o explotada sexualmente, y a la que se predetermina y somete a sostener prácticas sexuales con terceros a cambio de dinero.

13°. Es evidente que hay una estrecha relación entre los bienes jurídicos involucrados en los delitos sexuales y de trata de personas con fines sexuales. Sin embargo, ello no impide entender las semejanzas y diferencias entre sus elementos típicos, así como las implicancias que acarrean para la aplicación de las consecuencias jurídicas del delito.

Así, la violación sexual, en cualquiera de sus modalidades, constituye un delito común al igual que los delitos de trata de personas con fines sexuales y de favorecimiento o explotación de una persona prostituida. Sin embargo, en la violación sexual se está ante un

delito de propia mano, en el que se sanciona al que tiene de modo directo y personal el acceso carnal o acto análogo con la víctima. En tanto que, en la trata de personas, se reprime a quien coloca a la víctima, a través de actos traslativos (posee un tipo penal alternativo y complejo en base a las conductas que promueven, favorecen, financian o facilitan la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de la víctima), en una situación de vulnerabilidad para ser explotada sexualmente por otro (se trata de un delito proceso, que implica diversas etapas desde la captación de la víctima hasta su recepción o alojamiento en el lugar de destino y en las cuales se involucran frecuentemente diversas personas). Por su parte, en el favorecimiento a la prostitución o proxenetismo se sanciona al que favorece la prostitución de otro, o al que de manera fraudulenta o violenta entrega físicamente a la víctima a otro para el acceso carnal.

Problemas concursales:

14°. Los verbos típicos utilizados para describir los delitos analizados, así como los medios comisivos previstos para su perpetración tienden a conectarse o confundirse por su similitud. Por tanto, se requiere esclarecer cuando se configura uno u otro tipo penal, y así deslindar la presencia o no de un concurso de delitos (ideal o real) o de un concurso aparente de leyes entre ellos.

En los delitos de violación sexual se está ante tipos legales claramente diferenciables en el que la conducta típica viene definida por el acceso carnal (vaginal, anal o bucal) o análogo (introducción de objetos o partes del cuerpo vía vaginal o anal) que practica el propio sujeto activo con la víctima.

Sin embargo, los delitos de trata de personas y de favorecimiento a la prostitución, como de proxenetismo, generan conflictos de interpretación por su convergencia normativa. Por consiguiente, a continuación se harán las precisiones teóricas y prácticas que posibiliten reconocer y facilitar la operatividad de la calificación judicial de unos y otros.

15º. En primer lugar, es de señalar que no se trata de un supuesto de identidad típica. No se ha tipificado en los artículos 153º, 179º y 181º CP el mismo delito. Se está ante conductas delictivas diferentes.

En efecto, el delito de trata de personas agota su realización en actos de promoción, favorecimiento, financiación o facilitación del acopio, custodia, traslado, entrega o recepción de personas dentro del país o para su ingreso o salida de él, con la finalidad de que ejerzan la prostitución o sean sometidas a esclavitud o explotación sexuales. Es un delito de tendencia interna trascendente donde el uso sexual del sujeto pasivo es una finalidad cuya realización está más allá de la conducta típica que debe desplegar el agente pero que debe acompañar el dolo con que éste actúa. Es más, el delito estaría perfeccionado incluso en el caso de que la víctima captada, desplazada o entregada no llegue nunca a ejercer la prostitución o se frustre, por cualquier razón o circunstancia, su esclavitud o explotación sexual por terceros.

16º. En cambio, en los actos de favorecimiento de la prostitución el sujeto activo actúa indirectamente, promoviendo (inicia, impulsa o influencia positivamente) o favoreciendo (creando las condiciones necesarias para sus actividades sexuales o proveyéndole clientes) la prostitución de la víctima (relaciones sexuales con terceros a cambio de dinero). Es un típico delito de corrupción sexual cuyo móvil suele ser lucrativo.

17º. Finalmente, en el delito de proxenetismo el agente directamente interviene en el comercio sexual de la víctima a la cual, previamente, convence o compromete para que se entregue sexualmente por una contraprestación económica a terceros. El agente en este delito oferta y administra la prostitución de la víctima. Desarrolla pues un negocio ilegal en torno a la venta sexual de aquélla.

18º. Se podría graficar las diferencias entre tratante, promotor y proxeneta señalando que el primero actúa como proveedor; el segundo como impulsor o facilitador; y el tercero como expendedor y gestor de la prostitución de las víctimas. Por consiguiente, el concurso real entre estos tres delitos resulta ser la posibilidad más técnica de conectarlos hipotéticamente. Así, quien práctica la trata puede, también, dedicarse de modo sucesivo o paralelo a la promoción o explotación directa de la persona a quien captó, trasladó o retuvo inicialmente

con la finalidad de entregarla a terceros promotores de la prostitución o proxenetas potenciales o en ejercicio.

19°. En consecuencia, el Juzgador debe analizar con precisión la conducta objetiva y subjetiva del agente, incidiendo predominantemente en la finalidad perseguida, así como en el *modus operandi* y los antecedentes del imputado, para, en base a tales circunstancias o indicadores, calificar adecuadamente la relevancia penal de los imputados en el caso *sub judice*.

Concurrencia de circunstancias agravantes específicas:

20°. Identificada la autonomía típica, teleológica y dogmática de los delitos de trata de personas, favorecimiento de la prostitución y proxenetismo, así como sus posibilidades concursales, resta señalar que la presencia de circunstancias agravantes específicas similares para cada delito no afecta tal independencia formal y material, ni limita o compromete de alguna manera la determinación judicial de la pena en caso de concurso real.

En efecto, como estipula el artículo 50° CP corresponde al Juez determinar penas concretas parciales por separado y para cada delito integrante del concurso real [Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116. Asunto: Determinación de la Pena y Concurso Real]. Será en ese único espacio donde el Juzgador deberá identificar las agravantes específicas concurrentes. Las cuales, por lo demás, pueden ser las mismas en cada delito (minoría de edad de la víctima) o sólo alcanzar a los delitos de favorecimiento de la prostitución o proxenetismo, mas no de trata de personas (empleo de medios violentos o abuso de autoridad)." (Sic.)

72

§72. Exención de responsabilidad penal por consentimiento del titular del bien jurídico afectado en la relación sexual mantenida con adolescentes de catorce a dieciocho de años de edad

Acuerdo Plenario	4-2008/CJ-116
Fecha	18 de julio del 2008
Procedencia	Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	Lecaros Cornejo.
Jueces Supremos	Gonzáles Campos, San Martin Castro, Villa Stein, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Valdez Roca, Rojas Maraví, Ponce De Mier, Molina Ordoñez, Santos Peña, Vinatea Medina, Príncipe Trujillo, Pariona Pastrana, Zecenarro Mateus, Calderón Castillo y Urbina Ganvini.
Disposiciones estudiadas	Art. 173º.3 del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	6° al 12°

RESUMEN:

Realizando un análisis de los artículos 175° y 176° A del CP. *Se concluye que* ***un menor entre los catorce y dieciocho años tiene capacidad jurídica para disponer de su libertad sexual****. Por tanto,* ***en cuanto a la exención de responsabilidad penal*** *por consentimiento del titular del bien jurídico afectado, aplicable al delito de violación sexual al que se refiere el artículo 173º, inciso 3) del Código Penal,* ***debe ampliarse el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario Nº 7-2007/CJ-116 a toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de catorce a dieciocho años de edad****. Es menester, en consecuencia, dejar sin efecto dicho Acuerdo Plenario en lo relativo a la penalidad atenuada cuando el sujeto pasivo es menor de dieciséis años y mayor de catorce años.*

FUNDAMENTOS:

"El sub tipo legal agravado del art.173 inc. 3, del Código Penal:

6º. El artículo 173º, inciso 3, del Código Penal, modificado por la Ley 28704 publicada el cinco de abril de dos mil seis, establece como nueva modalidad del sub tipo penal agravado la violación de un menor de edad cuya edad fluctúa entre catorce y dieciocho años. Incluso criminaliza la relación sexual sostenida con un adolescente de esas características que haya prestado su consentimiento. De acuerdo a este dispositivo el sujeto activo puede ser cualquier persona mayor de dieciocho años de edad y el sujeto pasivo un menor, hombre o mujer, mayor de catorce años pero menor de dieciocho. Por otra parte el artículo 20º , inciso 10), del Código Penal, establece como una causal de exención de pena la circunstancia que el titular del bien jurídico protegido de libre disposición, en este caso el sujeto pasivo, haya prestado su consentimiento para la afectación de dicho bien.

En consecuencia, es menester analizar si la libertad sexual o, en su caso, la indemnidad sexual son bienes jurídicos de libre disposición, y si un menor cuya edad está entre los catorce y dieciocho años tienes capacidad jurídica para disponer de dicho bien.

7º. Planteado así el problema, es de entender como **libertad sexual** la capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad, y como **indemnidad sexual** la preservación de la sexualidad de una persona cuando no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual: menores e incapaces. En ambos casos es evidente que el fundamento material de las infracciones que las comprende es el derecho a una actividad sexual en libertad. Bajo estas premisas, corresponde establecer, desde la Constitución y las normas legales vigentes, desde qué edad persona tiene libertad para disponer de su sexualidad y, por consiguiente, hasta cuándo el Estado tiene el deber de criminalizar conductas asociadas a la vulneración de la indemnidad sexual.

El Código Civil, aparentemente, determina ese punto al establecer en sus artículos 44º , 46º y 241º que la persona mayor de dieciséis y menor de dieciocho años de edad es incapaz relativa, y que está en condiciones de contraer matrimonio. Ese plexo normativo, de un lado, implicaría que quien tiene esa edad tiene la capacidad necesaria para autodeterminarse y

dirigir sus decisiones de acuerdo a sentido respecto a su vida sexual; y, de otro lado, zanjaría la cuestión desde la perspectiva jurídico penal. Desde esa base normativa fue que se redactó el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario Nº 7- 2007/CJ-116, con carácter vinculante.

8º. Sin embargo, es de señalar que existen otras normas, igualmente vigentes, que se refieren al tema e integran figuras jurídicas penales clásicas de nuestro Derecho punitivo, que permiten variar el enfoque del problema. Así, el artículo 175º del Código Penal, que contempla el tipo legal, de seducción, sanciona al que mantiene relaciones sexuales con una persona que se encuentra en una edad cronológica comprendida entre catorce años y dieciocho años, viciando su voluntad por medio del engaño. Esta norma trae como inevitable conclusión que la víctima tiene, en principio, libertad para disponer de su sexualidad, libertad que sin embargo ha sido afectada por un consentimiento obtenido por un medio ilícito (engaño).

De igual manera, el artículo 176º-A del mismo Código, que tipificaba el delito de atentado al pudor de menores, castiga a quien realiza sobre un menor de catorce años o le obliga a efectuar sobre sí mismo o tercero tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, mientras el artículo 176º del Código Penal comprende tales actos realizados a los mayores de esa edad, siempre que el sujeto activo ejerza violencia o grave amenaza. El análisis sistemático de estas dos últimas normas permite concluir que ***los mayores de catorce años, en ejercicio de su libertad sexual, pueden consentir, sin que sea penado, que se les haga tales tocamientos, lo que importa una causa genérica de atipicidad.***

9º. Tal como se ha visto, y con independencia de toda concepción moral o valoración social – que pugnaría con el reconocimiento del carácter pluralista de la sociedad-, existe objetiva contradicción entre las disposiciones del Código Civil y del artículo 173º. 3) del Código Penal, y entre las normas que configuran el propio Código Penal- los diversos tipos legales que integran el denominado Derecho Penal sexual nacional-, todas ellas actualmente vigentes. En tal virtud, debe aplicarse la Ley más favorable al reo conforme a lo dispuesto por el artículo 139º, inciso 11), de la Constitución.

Uno de los supuestos de la referida norma constitucional tiene como elemento esencial la existencia de normas contradictorias entre sí, que obliga al juzgador a la aplicación de la ley más favorable. Esta cláusula

constitucional se funda, como afirma RUBIO CORREA, Marcial, "... en que si la sociedad tiene dos consideraciones simultáneas sobre el mismo hecho y va a sancionar, es razonable que se elija la sanción menor o la consideración menos grave: así se tomará como criterio social el de mayor benignidad y se restringirá en menor grado los derechos del reo..." (Estudio de la Constitución Política de 1993, Tomo 5, Pontificia Universidad Católica del Perú- Fondo Editorial, Lima, mil novecientos noventa y nueve, página ciento doce).

Por tanto, en cuanto a la ***exención de responsabilidad penal por consentimiento del titular del bien jurídico afectado***, aplicable al delito de violación sexual al que se refiere el artículo 173º, inciso3), del Código Penal, ***debe ampliarse*** el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario Nº 7-2007/CJ-116 a ***toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de catorce a dieciocho años de edad.*** Es menester, en consecuencia, dejar sin efecto dicho Acuerdo Plenario en lo relativo a la penalidad atenuada cuando el sujeto pasivo es menor de dieciséis años y mayor de catorce años.

La imputabilidad restringida por razón de la edad y control difuso:

10º. Igualmente debe establecerse si para los casos de delitos de violación de la libertad sexual se aplica o no la atenuación de pena por responsabilidad restringida, al colisionar el segundo párrafo del artículo veintidós del Código sustantivo con el principio-derecho fundamental de igualdad ante la ley.

El artículo 22º del Código Penal, modificado por la Ley número veintisiete mil veinticuatro, del veinticinco de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, establece en su primer párrafo la regla general. Dice: "Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho menos de veintiún años, o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la infracción". Empero, en su segundo párrafo introduce diversas excepciones en función al delito cometido, no a la culpabilidad del autor y a la necesidad preventiva de pena, como pudiera parecer coherente con el fundamento material de la imputabilidad. Así, "Está excluido el agente que haya incurrido en el delito de violación de la libertad sexual, (...) y otro sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua".

Sobre el particular es de mencionar que existe pronunciamiento de la Sala Constitucional Permanente de la Corte Suprema que, desaprobando una sentencia consultada que hizo control difuso e inaplicó dicho segundo párrafo del artículo veintidós del Código Penal, declaró que dicha norma penal no se contrapone a la Constitución. Esa decisión obliga a establecer si tiene, a su vez, carácter vinculante; y, por ende, si clausura la discusión judicial.

11°. El sistema de control de la constitucionalidad de las leyes que asume nuestra Ley Fundamental es tanto concentrado como difuso. El primer modelo es de exclusiva competencia material del Tribunal Constitucional, mientras el segundo corresponde a los jueces ordinarios, que lo ejercen en cada caso particular. Desde esta perspectiva, no corresponde al Pleno Jurisdiccional Penal adoptar un Acuerdo vinculante pronunciándose sobre la legitimidad constitucional de la norma en cuestión, pues – por sus efectos- invadiría las atribuciones exclusivas del Tribunal Constitucional y restaría competencia a la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal.

El control difuso, como ya se anotó, es de aplicación por todos los jueces de la jurisdicción penal ordinaria. Como tal, los jueces tienen incluso la obligación inaplicar las normas pertinentes que coliden con la Constitución, sin perjuicio que por razones de seguridad y garantía de unidad de criterio, corresponda a la consulta a la Sala Constitucional de la Corte Suprema. Los efectos generales de una sentencia judicial, por su propia excepcionalidad, exige no sólo una norma habilitadora sino también una decisión específica, que así lo decida, de dicha Sala Jurisdiccional de la Corte Suprema. Y, la única posibilidad, legalmente aceptable, sería que dicha Sala siga el procedimiento establecido en el artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que por lo demás no ha utilizado en el presente caso.

Los jueces penales, en consecuencia, están plenamente habilitados a pronunciarse, si así lo juzgan conveniente, por la inaplicación del párrafo segundo del artículo 22° del Código Penal, si estiman que dicha norma introduce una discriminación -desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente-, que impide un resultado jurídico legítimo.

Factores complementarios establecidos en el Fundamento Jurídico 11° del Acuerdo Plenario N° 7-2007:

12°. Como consecuencia de las consideraciones anteriormente expuestas, es necesario determinar la vigencia o no del undécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116. Sobre el particular es de enfatizar que al haberse dejado establecida la exención de responsabilidad penal para toda relación sexual voluntaria con adolescentes que cuentan con catorce años de edad o más, ***carece de trascendencia la diferencia de edades que haya entre sujeto activo y pasivo o el vínculo sentimental que exista entre ellos, en tanto en cuanto no medie violencia, grave amenaza o engaño***- este último sólo relevante en el delito de seducción- . Es evidente, por lo demás, que existirá delito – de acceso carnal sexual o actos contrarios al pudor- cuando se coarta, limita o anula la libre decisión de una persona en relación con su actividad sexual, para cuya determinación; ausencia de consentimiento válidamente prestado por el sujeto pasivo, ha de acudirse al conjunto de circunstancias del caso concreto.

Asimismo, como ha quedado expuesto, las pautas culturales, las costumbres o la cultura en la que el agente ha formado su personalidad –entendida esta última como el sistema de normas o pautas de comportamiento que condicionan la manera en que una persona reacciona en una situación determinada- han de ser consideradas por el juez conforme a los recaudos de la causa y a sus características personales y condición social. De igual manera, el juez podrá tomar en cuenta su declaración y valorarla conforme a los efectos atenuatorios que establece el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales, siempre que se cumplan los presupuestos y requisitos correspondientes." (Sic.)

73

§73. Determinación judicial de la pena en el delito de violación sexual de menor

Acuerdo Plenario	7-2007/CJ-116
Fecha	16 de noviembre de 2007
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	Villa Stein, Prado Saldarriaga y Lecaros Cornejo.
Jueces Supremos	Salas Gamboa, Sivina Hurtado, San Martín Castro, Villa Stein, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Lecaros Cornejo, Valdez Roca, Molina Ordoñez, Príncipe Trujillo, Santos Peña, Calderón Castillo, Rojas Maraví y Urbina Ganvini.
Disposiciones estudiadas	Arts. 173°.3, 175° y 179°-A del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	9° al 12°

RESUMEN:

*Si la relación sexual es **voluntaria**, el agraviado tiene **entre catorce y dieciséis años de edad** y se cumple que: PRIMERO, la diferencia entre los sujetos activo y pasivo no es excesiva; SEGUNDO, que exista entre los sujetos activo y pasivo un vínculo sentimental carente de impedimentos o tolerado socialmente; TERCERO, que las costumbres y percepción cultural de los sujetos postule la realización de prácticas sexuales o de convivencia a temprana edad; y, CUARTO, la admisión o aceptación voluntaria en la causa por el sujeto activo de las prácticas sexuales realizadas; entonces **deberá atenuarse y aplicarse una pena acorde con lo previsto en los artículos 175° y 179°-A del Código Penal**.*

FUNDAMENTOS:

"**6°.** El artículo 22°, párrafo segundo, del Código Penal excluye el efecto atenuante que dicha norma establece en su párrafo inicial, para "*...el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, atentado contra la seguridad nacional y traición a la Patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua*".

7°. Por otro lado, el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal incorpora una prohibición y una penalidad excesivas en relación con otros delitos similares. Es así, por ejemplo, que el delito de abuso deshonesto o actos contra el pudor de menores, tipificado en el artículo 176° A del citado Código considera atípica la realización de tales actos si hay consentimiento y el sujeto pasivo tiene catorce o más años de edad.

De igual manera, el artículo 179° A del texto punitivo sólo reprime con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años, al que "*...mediante una prestación económica o ventaja de cualquier naturaleza, tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías con una persona de catorce y menor de dieciocho años*". Finalmente, el artículo 175° del aludido Código sanciona con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años, a quien "*...mediante engaño tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introduce objetos o partes del cuero por alguna de las dos primeras vías, a una persona de catorce años y menos de dieciocho años*".

8°. Al respecto, se tiene presente, como reconoce la doctrina y la jurisprudencia nacionales, el principio de proporcionalidad o de prohibición de o en exceso, incorporado positivamente en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, en cuya virtud: "*...la pena debe ser adecuada al daño ocasionado al agente, según el grado de culpabilidad y el perjuicio socialmente ocasionado*" (Felipe Villavicencio Terreros: *Derecho Penal – Parte General*, Editorial Grijley, Lima, dos mil seis, páginas ciento quince y ciento dieciséis). Por consiguiente, es función del órgano jurisdiccional ejercitar y desarrollar con mayor énfasis la proporcionalidad concreta de la pena, cuando la proporcionalidad abstracta de la misma no ha sido respetada por el legislador, dentro de las posibilidades que permite el ordenamiento jurídico en su conjunto y, en especial, de los principios y valores que lo informan.

En consecuencia, desde la perspectiva sustancial del principio de proporcionalidad, es necesario adecuar la cantidad y la calidad de la pena al daño causado a la víctima, al perjuicio que con el delito de inflige a la sociedad y al grado de culpabilidad, así como al costo social del delito [entendido en su relación con sus consecuencias sociales y para el imputado –influencia en su mundo personal, familiar y social-] (Álvaro Pérez Pinzón: *Introducción al Derecho Penal*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, dos mil cinco, páginas ciento nueve y ciento doce).

9°. A la luz de los antecedentes normativos y jurisprudenciales evaluados se ha demostrado que el tratamiento penal que establece el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal -incluso si se tiene en cuenta delitos de un indudable mayor contenido de injusto, tales como los delitos contra la vida- es abiertamente desproporcionado en su escala punitiva abstracta. Por consiguiente, deben explorarse y desarrollarse propuestas jurisprudenciales que permitan alcanzar desde la determinación judicial de la pena una proporcionalidad concreta, adecuada y equitativa, en base a las circunstancias particulares del caso y a las condiciones especiales de los sujetos del delito.

10°. En este contexto es pertinente sostener que si el legislador reprime con penas privativas de libertad no mayores de seis años las relaciones sexuales que mantiene el agente con el sujeto pasivo cuando media para ello engaño, contraprestación económica o ventaja de cualquier naturaleza, el órgano jurisdiccional no debe tratar con mayor severidad -por lo contradictorio e implicante que ello significaría desde las propias normas penales vigentes- a quien realiza prácticas sexuales con una persona mayor de catorce años y menor de dieciocho años de edad que preste su pleno consentimiento para dicha relación sin que medie ninguna presión o vicio de conciencia.

11°. Ahora bien, para una mejor determinación y justificación del tratamiento penal privilegiado del agente, en los términos anteriormente señalados, el órgano jurisdiccional debe considerar también la concurrencia en el caso sub judice, y según sus propias particularidades, de factores complementarios de atenuación como los siguientes:

a. Que la diferencia estaría entre los sujetos activo y pasivo no sea excesiva.

b. Que exista entre los sujetos activo y pasivo un vínculo sentimental carente de impedimentos o tolerado socialmente.

c. Que las costumbres y percepción cultural de los sujetos postule la realización de prácticas sexuales o de convivencia a temprana edad.

d. La admisión o aceptación voluntaria en la causa por el sujeto activo de las prácticas sexuales realizadas.

12°. Desde esta perspectiva, deberá atenuarse la pena, en los casos del artículo 173°, inciso 3), del Código Penal hasta los límites considerados para los delitos tipificados en los artículos 175° y 179°- A del Código acotado que tratan de conductas semejantes, en las que incluso -como se ha indicado- median el engaño y la prestación económica como determinantes de la práctica sexual antijurídica. Por otro lado, si se asume, como corresponde, la plena vigencia de los artículos 44°, 46° y 241° del Código Civil que afirman la plena capacidad de las personas mayores de dieciocho años, que las personas mayores de dieciséis años tienen una incapacidad relativa, que la prohibición absoluta está radicada en las mujeres menores de catorce años, y que pasada esa edad esa incapacidad cesa por matrimonio, entonces, cuando la relación sexual es voluntaria y el agraviado tiene entre dieciséis y dieciocho años de edad, es aplicable el artículo 20°, inciso 10), del Código Penal -que regula la institución del consentimiento- puesto que con arreglo a lo precedentemente expuesto tiene libre disposición de su libertad sexual, al punto que la ley civil autoriza que pueda casarse. Pero si la relación sexual es voluntaria y el agraviado tiene entre catorce y dieciséis años de edad, como se ha dejado sentado y conforme a las pautas ya señaladas, se aplicará una pena acorde con lo previsto en los artículos 175° y 179° A del Código Penal.

Es claro por lo demás, que cuando el acceso carnal con una persona entre catorce y dieciocho años de edad no es voluntaria, y se hace con violencia o amenaza, aprovechando el estado de inconsciencia de la víctima o cuando esta última es incapaz, es de aplicación de toda su extensión punitiva el artículo 173º, inciso 3 del Código Penal." (Sic.)

74

§74. Violación de menor de edad: Criterios para la aplicación de la pena

Casación	335-2015-DEL SANTA
Fecha	01 de junio de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Jueces Supremos	Salas Gamboa, San Martin Castro, Prado Saldarriaga, Príncipe Trujillo.
Disposiciones estudiadas	Arts. 22°, 29° y 173° inciso 2, del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	42°, 43° y 45°

RESUMEN:

La inaplicación de la pena conminada en el tipo penal previsto en el artículo 173°, inciso 2, del Código Penal, vía control difuso de la ley, es compatible con la Constitución, para ello debe realizarse el test de proporcionalidad, con sus tres subprincipios: de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto.De igual modo, la inaplicación de la prohibición contenida en el artículo 22°, segundo párrafo, del Código Penal, vía control difuso, para los delitos sexuales, también es compatible con la Constitución. Para la graduación de la pena concreta a imponerse al procesado, en caso de inaplicación de la pena conminada del tipo penal respectivo, debe acudirse al artículo 29° del Código Penal. Para la individualización judicial de la pena a los autores o partícipes que al momento de los hechos contaban entre 18 y 21 años de edad, se tendrán en cuenta, entre otros factores:

i) Ausencia de violencia o amenaza contra el sujeto pasivo para el acceso carnal;

ii) Proximidad de la edad de la agraviada a los catorce años de edad;

iii) Afectación psicológica mínima del sujeto pasivo; y

iv) Diferencia etárea entre la víctima y el sujeto activo del delito.

FUNDAMENTOS:

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: Es importante precisar que el "control difuso" de la ley, se ejerce en cada caso concreto, respecto del cual ha de valorarse la situación específica, esto es, si la aplicación de una norma legal en particular colisiona con la Constitución Política del Estado. En el caso de autos, el artículo 22°; primer párrafo, del Código Penal, siendo una disposición general, debe aplicarse a todos los imputados y no sólo para algunos; de no hacerlo, se afecta el principio-derecho de igualdad garantizado por el artículo 2°, inciso 2, de nuestra Constitución. Más aún, cuando el Tribunal Constitucional [7], ha preservado la facultad del Juez para reducir, prudencialmente, la pena que alcanza la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal. Teniendo en cuenta ello, resulta válido recurrir en este caso concreto a la responsabilidad restringida para la determinación judicial de la pena; por lo que el control difuso de la ley penal realizado por el Colegiado Superior se ha legitimado.

CUADRAGÉSIMO TERCERO: Ahora bien, el siguiente paso será determinar el quantum de la pena aplicable al caso de autos. La proporcionalidad no responde a un criterio rígido o a una referencia genérica de este principio. En este sentido, en aras de realizar el control de proporcionalidad de dicha atenuación, debe ponderarse los siguientes factores que fluyen del análisis del caso materia del presente recurso, siendo los siguientes:

A. **Ausencia de violencia o amenaza para acceder al acto sexual.** De acuerdo a la sentencia de primera instancia, confirmada por la de vista, en las relaciones sexuales entre el sentenciado y la agraviada medió consentimiento; sin uso de violencia ni amenaza para doblegar la voluntad de la víctima, tampoco hubo engaño. Si bien es cierto, por la edad de la menor agraviada, trece años y veinticinco días de edad, tal consentimiento resultó irrelevante para negar la atipicidad del hecho; sin embargo, no puede soslayarse que, conforme a la determinación fáctica acotada, en las relaciones sexuales no medió violencia física o amenaza. No se trató de un ataque violento al bien jurídico, menos se vejó, maltrató o se dio un trato indigno a la víctima, que hubiera merecido la elevación de la antijuridicidad de la conducta.

B. **Proximidad de la edad del sujeto pasivo a los catorce años.** La menor agraviada, en la fecha en que tuvo acceso carnal con el procesado, tenía trece años y veinticinco días de edad, y, ya había tenido una relación sexual anterior con el mismo imputado, la cual, según indica, fue con su "consentimiento". No se discute en este proceso la protección legislativa a

la "indemnidad sexual". Únicamente se destaca un dato de la realidad en el caso analizado. La proximidad a la edad de catorce años de la víctima es un elemento a tenerse en cuenta para la graduación de la pena, por cuanto linda con el consentimiento válido del sujeto pasivo, que se produce a partir de los catorce años de edad. Por lo tanto, no es racional la pretensión de sancionar a un agente que haya tenido relaciones sexuales con una menor de edad cercana a los catorce años, con una pena mínima severa de treinta años de prisión, sin la posibilidad de atenuar dicha sanción.

De haber tenido la agraviada 14 años de edad, el imputado habría sido absuelto. En este extremo, resulta trascendente citar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, mediante sentencia número 00008 – 2012 – PI/TC, del doce de diciembre de dos mil doce, declarando la inconstitucionalidad del numeral 3) del artículo 173° del Código Penal, modificado por la Ley número 28704, del trece de marzo de dos mil seis, por considerar, entre otros fundamentos, que dicho precepto legal "[...] ha intervenido injustificadamente en el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de 14 años a menos de 18, por lo que resulta incompatible con la Constitución" – fundamento jurídico quincuagésimo primero–. Está claro que, en clave constitucional, se ha reconocido la prerrogativa de disponer libremente de su sexualidad a aquellos menores cuyas edades fluctúan entre los catorce y dieciocho años. La determinación del rango etáreo de disposición sexual estuvo justificado a partir de criterios ponderativos, entre el derecho a la indemnidad sexual de los adolescentes – con edades entre catorce y dieciocho años –, y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, habiendo prevalecido este último respecto del primero. En consecuencia, cuanto mayor sea el acercamiento a la edad de los catorce años, la que detentaba la agraviada al momento de los hechos, mayor será la atenuación de la pena, en el caso de sujetos activos con responsabilidad restringida que tengan entre 18 y 21 años de edad.

C. **Afectación psicológica mínima de la víctima.** Evidentemente, al existir consentimiento, aún cuando sea presunto, no es razonable concluir que la relación sexual ha generado daño o perjuicio psicológico irreparable al sujeto pasivo. En el caso de autos, se destaca la presencia de "indicadores de estresor de tipo sexual", según el Protocolo de Pericia Psicológica número 001484 –2013 – PSC, de fojas ciento cuarenta y ocho. Al respecto, en la audiencia de juzgamiento, la perito Katia Consuelo Ramírez García

ratificó sus conclusiones, e indicó, básicamente, que la agraviada sintió vergüenza cuando relató las circunstancias del acto sexual, precisando que la "ruborización" es uno de los indicadores del estresor sexual. Este indicador, a criterio de este Supremo Tribunal, no reviste gravedad, precisamente porque el acto sexual fue consentido. La atenuación de la pena solo será posible en aquellos casos en que el daño psicológico no se compruebe, o el mismo sea mínimo, o de entidad no relevante. Contrario sensu, en aquellos supuestos en los que la afectación emocional haya revestido características de intensidad suficiente, no resulta posible su ponderación para rebajar la pena.

D. **Diferencia etárea entre el sujeto activo y pasivo.** Un factor importante, a los efectos de la graduación de la pena, a criterio de este Supremo Tribunal, es la diferencia entre las edades del sujeto activo y el sujeto pasivo. En el caso de autos, la agraviada contaba con trece años y veinticinco días de edad, mientras que el procesado tenía 19 años de edad; existiendo por tanto una diferencia de 6 años. Esto explica la ausencia de una circunstancia de prevalimento o de abuso de una posición de poder para consumar el acto sexual. En este sentido, cuanto menos sea la diferencia de edades entre el sujeto pasivo y activo, en los delitos sexuales cometidos por sujetos de responsabilidad restringida (18 a 21 años) mayor será la posibilidad de tomar en cuenta dicha circunstancia, como factor de atenuación de la pena. En el caso de autos, al haber una cercanía y proximidad entre las edades del autor del hecho y la víctima, máxime si la relación se desarrolló de manera espontánea; no era proporcional agravar la pena e imponer una condena de 30 años de prisión al imputado, tal como ocurrió con la sentencia de primera instancia.

(...)

CUADRAGÉSIMO QUINTO: Finalmente, para la imposición de la pena concreta y justa al imputado, debe cumplirse con el principio constitucional de que nadie puede ser sancionado con pena no prevista en la ley; por lo que al no aplicarse al caso de autos, la pena conminada prevista en el artículo 173.2 del Código Penal, nos encontraríamos sin ley penal que nos sirva de parámetro o pena conminada constitucional, para regular el quantum de la misma. Al respecto, este Supremo Tribunal considera que cuando se inaplica, por "control difuso", la pena conminada prevista en el artículo 173.2 del Código Penal, el Juez.

Penal debe acudir a la norma general prevista en el artículo 29° del Código acotado, que establece la pena privativa de libertad temporal, y que tiene una

duración mínima de dos días y una máxima de 35 años. Es sobre este marco general el contexto en que el Juez Penal puede individualizar judicialmente la pena a aplicar en un caso concreto. En este extremo, no concordamos con el criterio esgrimido por el Ad quo que, en los fundamentos 31 y 32 de la sentencia de vista, toma como referencia para la graduación de la pena, la pena conminada del delito de Homicidio, previsto y penado en el artículo 106° del Código Penal.

No se puede aplicar la pena de este delito por cuanto vulneraría el principio de legalidad de la pena, no solo porque tipifica otro supuesto de hecho, distinto del delito de violación sexual de menor de edad, sino además porque trasgrede el principio de proscripción de la analogía de la ley penal. Entonces, lo más razonable y prudente es acudir a la norma general que regula la pena privativa de libertad, para toda clase de delitos. Este criterio debe tener alcance general por cuanto será una herramienta eficaz para generar seguridad jurídica y preservar los principios constitucionales que garantizan un debido proceso, por lo que constituye doctrina jurisprudencial de carácter vinculante; al igual que los fundamentos jurídicos cuadragésimo segundo y cuadragésimo tercero.

75

§75. Reconducción del delito de abuso sexual no consentido cometido contra adolescente mayor de 14 y menor de 18 años de edad, del artículo 173º.3. al artículo 170º del código penal

Casación	49-2011-LA LIBERTAD
Fecha	10 de julio de 2012
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Salas Arenas.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores, Loli Bonilla.
Disposiciones estudiadas	Art. 170°, Art. 173° inciso 3 del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	Parte considerativa

RESUMEN:

Atendiendo que el inciso tercero del artículo ciento setenta y tres del Código Penal protege al sujeto pasivo que tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, es evidente que por la edad de la agraviada -quince años de edad- la conducta del encausado se encontraba inmersa dentro del ámbito de protección al que se refiere el artículo ciento setenta, inciso uno del Código Penal, que protege la libertad sexual de la agraviada coactada y anulada por el ilícito accionar del encausado; que siendo así esta norma resulta aplicable al recurrente.

FUNDAMENTOS:

CONSIDERANDO

PRIMERO: SUSTENTO NORMATIVO.

1.1. El inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, en cuanto refiere que: "Si la sentencia o auto importe una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas".

1.2. El primer párrafo del artículo ciento setenta y tres inciso tercero del Código Penal que regula el delito de violación sexual de menor de edad cuando la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

1.3. El primer párrafo del artículo ciento setenta de la citada norma penal sustantiva, relativo al delito de violación sexual realizado con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal, o bocal (sic) o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de ocho años.

1.4. El inciso 3 del artículo 433° del Código Procesal Penal -referente al contenido de la sentencia casatoria y Pleno casatorio- en tanto establece que: "(...) la Sala de oficio o a pedido del Ministerio Público podrá decidir, atendiendo a la naturaleza del asunto objeto de decisión, que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial vinculante a los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la propia Corte Suprema, la cual permanecerá hasta que otra decisión expresa la modifique. Si existiere otra Sala Penal o ésta se integra con otros Vocales, sin perjuicio de resolverse el recurso de casación, a su instancia, se convocará inmediatamente al Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema para la decisión correspondiente, que se adoptará por mayoría absoluta. En este último supuesto no se requiere la intervención de las partes, ni la resolución que se dicte afectará la decisión adoptada en el caso que la motiva. La resolución que declare la doctrina jurisprudencial se publicará en el diario oficial".

Asimismo el inciso cuarto del citado dispositivo procesal señala que: "Si se advirtiere que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o aplicación de una determinada norma, de oficio o a instancia del Ministerio Público o de la Defensoría del Pueblo, en relación a los ámbitos referidos a su atribución constitucional, obligatoriamente se reunirá el Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema. En este caso, previa a la decisión del Pleno, que anunciará el asunto que lo motiva, se señalará día y hora para la vista de la causa, con citación del Ministerio Público y, en su caso, de la Defensoría del Pueblo. Rige, en lo pertinente, lo dispuesto en el numeral anterior".

1.5. El Acuerdo Plenario número cuatro - dos mil ocho/ CJ - ciento dieciséis, con carácter vinculante, referida a los adolescentes mayores de catorce y menores de dieciocho años de edad tienen capacidad de mantener relaciones sexuales voluntariamente (al igual que una persona mayor de dieciocho años de edad).

1.6. El inciso once del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú, respecto a los principios de la función jurisdiccional.

1.7. La sentencia del Tribunal Constitucional, EXP. N° 00286-2008-PHC/ TC -Ayacucho- de 6 de febrero del 2009, en que se resaltó que: "Una reconducción del hecho delictivo al tipo penal, (...) no puede ser entendida como una nueva persecución punitiva, de modo que no se ha producido la afectación del principio constitucional del debido proceso".

1.8. La sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N°010-2002-AI/TC/ Fundamentos jurídicos 197 y 199, de cuatro de enero de dos mil tres, relativo al principio de Proporcionalidad en su vinculación con el Estado de Derecho comporta exigencias de justicia material: «En la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, el no sólo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material. Es decir, impone al legislador que al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer. Este principio en el plano legislativo, se encuentra en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal. (...) Corresponde al ámbito del legislador, al momento de determinar las penas, evaluar factores tales como la gravedad del comportamiento

o la percepción social relativa a la adecuación entre delito y pena. Al Tribunal Constitucional, en cambio, le corresponde indagar si los bienes o intereses que se trata de proteger son de naturaleza constitucional y por tanto, son socialmente relevantes; asimismo, evaluar sí la medida es idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que se persiguen, por no existir otras penas menos aflictivas de la libertad y, finalmente, juzgar si existe un desequilibrio manifiesto, esto es, excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma».

1.9. La Ejecutoria Suprema del 20/5/2004, R. N. Nº 215-2004 PUNO; en cuanto a la graduación de la pena conforme a los principios de proporcionalidad y racionalidad: «Corresponde graduar la pena impuesta en atención al principio de proporcionalidad y racionalidad de la pena, previsto en al artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, considerándose además sus fines preventivos, protectores y resocializadores, los cuales deben ir en consonancia con los indicadores y circunstancias a que se contraen los artículos 45º y 46º del Código acotado. En ese contexto analizados los actuados se desprende que el encausado carece de antecedentes penales, no se ha acreditado violencia física ni la utilización de armas al momento de la consumación del delito, escaso nivel cultural y los factores sociológicos que en cierto modo condicionaron su conducta delictiva, resultando procedente efectuar la rebaja prudencial de la pena impuesta».

1.10. El recurso de nulidad de la Ejecutoria Suprema Nº 1700-2010-LIMA, señala que: "(...) atendiendo que el inciso tercero del artículo ciento setenta y tres del Código Penal protege al sujeto pasivo que tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, es evidente que por la edad de la agraviada -quince años de edad- la conducta del encausado se encontraba inmersa dentro del ámbito de protección al que se refiere el artículo ciento setenta, inciso uno del Código Penal, que protege la libertad sexual de la agraviada coactada y anulada por el ilícito accionar del encausado; que siendo así esta norma resulta aplicable al recurrente", igualmente en las Ejecutorias Supremas: R.N. Nº 988-11-HUÁNUCO (12 de abril 2012), RN Nº 1770-11-CUSCO (21 de junio 2012) R.N. Nº 854-11-ANCASH (03 de abril 2011), R.N. Nº 1329- 10 AREQUIPA (09 noviembre 2010).

SEGUNDO: DE LOS FUNDAMENTOS EXPUESTOS EN EL AUTO DE CALIFICACIÓN QUE CONCEDIÓ EL RECURSO DE CASACIÓN

Se señaló en el SEXTO fundamento del auto de calificación que: "que sin embargo, este Supremo Tribunal, considera que en el presente caso existe interés casacional para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial por la causal prevista en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal a efectos de establecer si la conducta ilícita de violación sexual de mayor de catorce años y menor de dieciocho años de edad -realizados mediante violencia física o amenaza- previsto en el inciso tres del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, debe ser reconducida al artículo ciento setenta del Código Penal (Ley Penal más favorable al reo) en atención a la doctrina jurisprudencial establecida en el Acuerdo Plenario número cuatro dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis, de dieciocho de julio de dos mil ocho, emitido por las Salas Penales Permanente y Transitoria, referida a los adolescentes mayores de catorce y menores de dieciocho años de edad tienen capacidad de mantener relaciones sexuales voluntariamente al igual que una persona mayor de dieciocho años de edad".

TERCERO: ANÁLISIS JURÍDICO FÁCTICO

3.1. Está fuera de discusión la culpabilidad y responsabilidad penal del encausado en el hecho punible por haber violado sexualmente a la menor ya referida mediando violencia, por medio de la fuerza conforme se colige del certificado médico legal del folio cincuenta y uno -que concluyó: "**lesiones traumáticas externas recientes de origen contuso, himen con signos de desfloración reciente, lesiones recientes en genitales externos y ano conservado**"- hecho que se consumó cuando la víctima tenía más de quince años de edad, habiéndose encuadrado dicha conducta, tanto en la acusación fiscal y en las sentencias condenatorias, en el primer párrafo del inciso tres del artículo ciento setenta y tres del Código Penal -modificado por la ley número veintiocho mil setecientos cuatro-.

3.2. En el auto de calificación de veinte de septiembre del dos mil once, se subraya como interés casacional, la necesidad de establecer si la conducta ilícita de violación sexual de mayor de catorce y menor de dieciocho años de edad -realizados mediante violencia física o amenaza-, previsto en el inciso tres del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, debe ser reconducida al artículo

ciento setenta del Código Penal (Ley Penal más favorable al reo); en atención a la doctrina jurisprudencial establecida, unitaria y pacíficamente acepta que a partir de los catorce años de edad opera el consentimiento en materia sexual, jurisprudencia cuyo denominador común excluye de responsabilidad penal cuando mediara consentimiento de la víctima.

3.3. Este criterio se sustenta en la idea básica y determinante de que en los delitos de agresión sexual, al hablar de indemnidad o intangibilidad sexual, nos referimos específicamente a la preservación de la sexualidad de una persona cuando no está en condiciones de decidir sobre su libertad en tal ámbito, considerando en tal condición nuestro ordenamiento jurídico -bajo el criterio de interpretación sistemática las personas menores de catorce años.

En ese caso el ejercicio de la sexualidad con dichas personas se prohíbe en la medida en que pueda afectar al desarrollo de su personalidad y producir alteraciones importantes que incidan en su vida o equilibrio psíquico de cara al futuro, por lo tanto, cualquier consentimiento del incapaz carece de validez, configurándose una presunción *iuris et de iure* de la ausencia de avenimiento válido; mientras que, cuando la edad supera los catorce años, el asunto se concreta a la protección de la libertad sexual, esto es, la capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para auto determinar lo que estime en tal ámbito, toda vez que, es la expresión cardinal de la libertad personal vinculada de manera directa con el principio ético y jurídico del respeto de la dignidad de la persona humana; todo ello conforme se explicó y desarrolló en el Acuerdo Plenario número cero cuatro guión dos mil ocho oblicua CJ guión ciento dieciséis.

3.4. El Supremo Tribunal consideró que dicho dispositivo legal era contradictorio con algunas disposiciones del Código Civil y también con otras normas que configuran el propio Código Penal integrante del denominado derecho penal sexual. Partiendo de los fundamentos jurídicos del Acuerdo Plenario número cuatro - dos mil ocho / CJ - ciento dieciséis, de dieciocho de julio de dos mil ocho, emitido por las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, en que se estableció que el Estado tiene el deber de criminalizar conductas asociadas a la vulneración de la indemnidad sexual, que en el caso peruano acontece cuando el sujeto pasivo del delito cuenta con menos de catorce años de edad, y que los mayores a dicha edad cuentan con la capacidad jurídica para disponer del bien jurídico -libertad sexual-, estando a lo dispuesto en el inciso once del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú, resulta aplicable a la conducta

imputada al encausado recurrente, que no afectó la indemnidad sexual sino la libertad sexual de una adolescente, en el primer párrafo del inciso primero del artículo ciento setenta del Código Penal (vigente por ser el correspondiente) debiendo por tanto considerarse los márgenes punitivos de este tipo penal-, por tanto, resulta necesario en el presente caso, reconducir la tipificación hecha en el tipo penal del inciso tres del artículo ciento setenta y tres -primer párrafo- del Código Penal, al regulado en la primera parte del primer párrafo del artículo ciento setenta del propio Código; debiendo puntualizarse, a la luz, de la sentencia del 6 de febrero del 2009, EXP. N° 00286-2008-PHC/TC - Ayacucho, no se afecta principios constitucionales.

3.5. En los casos que correspondan procederá la consideración circunstancias de agravación del artículo 171° ó 172° del Código Penal, en tanto el Parlamento nacional modifique el marco específico de punición o si así lo determinara en ejercicio de su funciones constitucionales.

3.6. Como segundo nivel de análisis, compete referirse al quantum de pena impuesta, a tenor de lo expuesto precedentemente cabe señalar que la pena anteriormente impuesta suponía una sanción no menor de 25 años ni mayor de 30 años, pero al haberse recalificado la conducta, es pertinente aplicar la sanción legalmente correspondiente al del que afecta la libertad sexual y siendo el artículo 170° del Código Penal, regulado en **la primera parte del primer párrafo del artículo ciento setenta** en un límite que va de seis a ocho años de pena privativa de la libertad, teniendo en cuenta la forma en que sucedieron los hechos y al no existir circunstancia de atenuación (tendiendo en consideración sus condiciones personales al ser un agente con veintitrés años de edad, natural de Caserío Coypin - Huamachuco, conviviente, con sexto grado de instrucción primaria, agricultor y sin antecedentes penales) debe imponerse la sanción más alta correspondiente al nivel de afectación del bien jurídico señalado, esto es, la de ocho años de privación de libertad.

3.7. Asimismo, es pertinente señalar que no se vulnera el derecho de defensa del encausado ni sus derechos fundamentales, puesto que se mantiene la homogeneidad del bien jurídico protegido, la inmutabilidad de los hechos y las pruebas, coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación del tipo y esencialmente no se produjo agravio al encausado.

CUARTO: DE LOS PRONUNCIAMIENTOS EMITIDOS POR ESTA SUPREMA SALA PENAL RESPECTO A LA RECONDUCCIÓN DEL TIPO PENAL DE VIOLACION SEXUAL

Finalmente, cabe resaltar que como se glosa en el sustento normativo (apartado 1.10) este Supremo Colegiado, ha emitido diversos pronunciamientos respecto a la materia en cuanto a la reconducción del tipo penal previsto en el inciso tres del artículo ciento setenta y tres del Código Penal al artículo ciento setenta del Código Penal (subsunción técnica jurídicamente correcta) en atención a la doctrina jurisprudencial establecida en el Acuerdo Plenario número cuatro - dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis.

76

§76. Diferencia entre Libertad Sexual e Indemnidad Sexual

Casación	148-2010-MOQUEGUA
Fecha	03 de julio del 2012
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	Villa Stein, Prado Saldarriaga y Lecaros Cornejo.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Salas Arenas y Morales Parraguez.
Disposiciones estudiadas	Arts. 170° y 173°.3 del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	13° y 20°

RESUMEN:

*La **libertad sexual es aquel bien jurídico que poseen aquellas personas que presentan un desarrollo psíquico y fisiológico de la cual se pueda deducir que está en la capacidad de direccionar su actividad sexual**, esto es, que se tenga la capacidad de determinar su propia organización sexual. Si no se cumple las exigencias antes dicha, entonces no se protegerá libertad sexual alguna, sino la indemnidad sexual.*

*Por tanto, hay una **aparente colisión entre los artículos 170° y 173°.3 del CP.***

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL:

DECIMO SEGUNDO: Que, en virtud de lo establecido en el párrafo anterior, con el afán de consolidar y unificar jurisprudencia sobre este punto y atendiendo a que este Colegiado Supremo ha fijado un cambio en su línea jurisprudencial –véase Ejecutorias Supremas R.N°. 1700 - 2010 – Lima, de fecha 03 de mayo de 2011, R. N°. 1222 – 2011 - Lima, de fecha 09 de febrero de

2012, se debe de precisar que la libertad sexual es una cualidad que se brinda a las personas, entendiendo que estas presentan un desarrollo psíquico y fisiológico tal, que se permita inferir en ellas una capacidad racional de determinación respecto de la actividad sexual, en ese sentido, cuando esta capacidad no existe, la protección que surge es la de la indemnidad sexual; por tal, en el Acuerdo Plenario cuatro guión dos mil ocho oblicua concordancia jurisprudencial guión cientos dieciséis, se entendió que las personas mayores de catorce años ya cuentan con esta capacidad de dirección sexual, por lo que la protección penal que se enmarca será la de su libertad sexual.

DECIMO TERCERO: Que, bajo los argumentos esgrimidos, la protección penal de la libertad sexual se da a partir del momento en que la persona cuenta con una edad superior a los catorce años, por tal, en el presente caso, el bien jurídico tutelado de la agraviada será el de la libertad sexual, presentándose de esa manera una colisión aparente de normas, ya que es posible la subsunción típica de la conducta del sentenciado tanto en el artículo ciento setenta como en el ciento setenta y tres inciso tercero del Código Penal, sin embargo, dicha colisión, tal cual se precisó, sólo se produce de manera aparente, en tanto la configuración típica del artículo ciento setenta refleja que el bien jurídico tutelado en dicha norma es la de la libertad sexual, configurándose de esa manera el bien jurídico como sustrato mismo de la norma, en ese sentido, se vacía el contenido de protección del artículo ciento setenta y tres, inciso tercero por dos razones, en prinicpio, porque el bien jurídico tutelado en este artículo es el de la indemnidad sexual –sería un sinsentido que esta norma dependiendo del inciso que se configure, proteja distinto bien jurídico-; y segundo, debido a que el supuesto de hecho del tercer inciso consigna a personas mayores de catorce años y menores de dieciocho, ergo lo que se protege en ellos es su libertad sexual, no acomodándose la conducta delictiva a dicho artículo, sino al artículo ciento setenta.

77

§77. Naturaleza y características del elemento típico "engaño" en el delito de seducción

Recurso de nulidad	1628-2004-ICA
Fecha	21 de enero de 2005
Procedencia	Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República
Jueces Supremos	Villa Stein, Valdez Roca, Ponce De Mier, Quintanilla Quispe y Prado Saldarriaga.
Disposiciones estudiadas	Art. 178° del CP

RESUMEN:

El engaño en el delito de seducción ***no debe tener la finalidad de conseguir el consentimiento de la víctima, sino facilitar la realización del acceso sexual empleando un medio fraudulento****, tal como se considerará el engañar a la víctima acerca de la práctica sexual a realizarse.*

FUNDAMENTOS:

"***TERCERO:*** Que el delito de seducción, tipificado en el artículo ciento setenta y ocho del Código Penal, se configura cuando el agente mediante "engaño" tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal con una persona de catorce años y menos de dieciocho años de edad. Por consiguiente, para verificarse este delito es necesario el ***empleo*** de un medio fraudulento como el ***engaño sobre la práctica sexual a realizarse***, ya que como consecuencia de ello el agente induce en error a la víctima y logra el acceso carnal; el "engaño", pues, no debe tener la finalidad de conseguir el consentimiento de la víctima sino facilitar la realización del acceso sexual. El agente engaña al sujeto pasivo sobre su identidad aprovechando su parecido físico con la pareja sentimental de la víctima. Si esta es afectada por el error y se relaciona sexualmente con el agente, a quien cree ser su

pareja sentimental, el tipo penal del artículo ciento setenticinco del Código Penal se habrá configurado. Por el contrario, si el agente hace promesas al sujeto pasivo para que éste acepte el acceso carnal, y luego dichas promesas no se cumplen, no se dará el delito."

78

§78. El delito de violación sexual de persona con discapacidad intelectual

Casación	591-2016-HUAURA
Fecha	9 de mayo de 2019
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Castañeda Otsu.
Jueces Supremos	Prado Saldarriaga, Barrios Alvarado, Quintanilla Chacón, Castañeda Otsu, Pacheco Huancas.
Disposiciones estudiadas	Art. 172 del CP.

RESUMEN:

La Ley N.° 30838, que modificó el artículo 172 del Código Penal, introdujo el elemento normativo y descriptivo "libre consentimiento". En ese sentido, la norma interna se ha adaptado a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y lo que corresponde es una interpretación y aplicación de este dispositivo en concordancia con dicho instrumento normativo, lo cual implica tener en cuenta que: a) el sujeto activo conozca que el sujeto pasivo padece de discapacidad intelectual que le impide prestar un libre consentimiento; b) el sujeto activo se prevalga de este conocimiento, y se aproveche de la discapacidad de la víctima en el momento de los hechos; y c) el sujeto pasivo padezca de discapacidad intelectual –conocida bajo el modelo médico como retardo mental– la que le impide comprender y consentir la relación sexual, esto es, que su nivel de discapacidad no le permita, en el momento del hecho, consentir válidamente el acto sexual.

Esta determinación se efectuará según las circunstancias de cada caso en particular, y con el apoyo de las pericias psiquiátricas y psicológicas, cuya actuación es de rigor, las que deben tener en cuenta los déficits intelectuales de la persona con discapacidad. Además con los medios de prueba que aporten las partes.

FUNDAMENTOS:

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

SEGUNDO. De los actuados remitidos por la Sala Penal de Apelaciones y de Liquidación de la Corte Superior de Justicia de Huaura (Sala Penal de Apelaciones), se tiene los siguientes actos procesales:

2.1. El fiscal adjunto provincial de Barranca formuló acusación contra Eusebio Alejandro Suárez Giraldo, como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de persona en incapacidad de resistir — con retardo menta—, previsto en el artículo 172 del Código Penal (CP), en perjuicio de la menor con iniciales A. M. A. G. (foja 25). Solicitó se le imponga veinte años de pena privativa de la libertad y diez mil soles por concepto de reparación civil.

2.2. Mediante sentencia del once de marzo de dos mil dieciséis (foja 132) el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Huaura, condenó a Eusebio Alejandro Suárez Giraldo como autor del mencionado delito y como tal le impuso quince años de pena privativa de la libertad efectiva, y fijó en cinco mil soles por concepto de reparación civil.

2.3. La sentencia fue apelada por el defensor público de Suárez Giraldo el veintiocho de marzo de dos mil dieciséis (foja 150), la que fue concedida por auto del cinco de abril del mismo año (foja 154), y se dispuso su elevación a la Sala Penal de Apelaciones.

2.4. La Sala Penal de Apelaciones, el diecinueve de mayo de dos mil dieciséis revocó la sentencia de primera instancia y absolvió de la acusación fiscal a Suárez Giraldo y declaró infundada la pretensión indemnizatoria.

2.5. Contra la sentencia de segunda instancia, el dieciséis de junio de dos mil dieciséis el fiscal superior penal de Huaura interpuso recurso de casación, que es materia de la presente ejecutoria suprema.

SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO

TERCERO. El fiscal superior penal de Huaura en su recurso de casación (foja 184) invocó como causales de su recurso, los incisos 1 y 3, artículo 429, del CPP, relativos a la casación constitucional y casación material, con base en los siguientes argumentos:

3.1. La Sala Penal de Apelaciones con base en el inciso 2, artículo 12, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y la Ley N.º

29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, concluyó que las personas con retardo mental gozan del derecho a decidir libremente sobre su actividad sexual; sin embargo, esta conclusión enerva la protección de los menores que presentan dicha discapacidad intelectual.

3.2. La Sala Penal de Apelaciones sostuvo que no se demostró que la menor agraviada no esté en condiciones de decidir, y que de acuerdo a la pericia sicológica se inferiría que el acto sexual con Suárez Giraldo fue consentido. Estima que debió valorarse debidamente la Pericia Siquiátrica N.º 044289-2015-PSQ, que acredita que la menor agraviada presenta retardo mental de leve a moderado, con una edad mental clínica entre siete a nueve años de edad, y conación (no es dueña de su voluntad), y; por tanto, no podía expresar su voluntad. En ese sentido, no se observó el inciso 2, artículo 425, del CPP, ya que no se valoró la citada pericia siquiátrica, que demuestra que la menor no podía expresar manifestación de voluntad alguna, circunstancia de la que se aprovechó el acusado.

Concluye que al haber sostenido Suárez Giraldo relaciones sexuales con una menor con retardo mental de leve a moderado, se configuró el delito previsto en el artículo 172 del CP. Su pretensión es que se declare nula la sentencia de segunda instancia y se ordene un nuevo pronunciamiento por otra Sala Penal de Apelaciones.

ÁMBITO DE PRONUNCIAMIENTO

CUARTO. Conforme a la ejecutoria suprema del cinco de mayo de dos mil diecisiete (foja 26), se concedió el recurso de casación por la causal prevista en el inciso 3, artículo 429, del CPP (errónea aplicación o interpretación de la ley penal material).

En este caso, el examen casacional se circunscribe a la errónea interpretación del artículo 172 del CP—violación sexual de persona en incapacidad de resistencia—, por cuanto se habría realizado una decodificación aparentemente inadecuada de este dispositivo legal. Se consignó que la decisión tiene la utilidad simultánea de brindar solución al asunto y, a la par, servir de guía a la actividad judicial ante las diversas interpretaciones a las que se puede arribar en la aplicación de este tipo penal.

QUINTO. Luego de la admisión del recurso de casación, el expediente se puso a disposición de las partes por el plazo de diez días. Mediante decreto del siete de marzo de dos mil diecinueve (foja 36), se fijó fecha para la audiencia de casación el veintiocho de marzo de dos mil diecinueve. En dicha fecha se realizó la

audiencia con la concurrencia del fiscal adjunto supremo en lo penal Abel Pascual Salazar Suárez. Su desarrollo consta en el acta correspondiente.

SEXTO. Concluida la audiencia, se realizó la deliberación de la causa en sesión secreta. Luego del debate, se efectuó la votación, en la que se obtuvo los votos necesarios para la emisión de la presente sentencia de casación, cuya lectura se efectúa el día de la fecha.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO

SOBRE EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 172 DEL CÓDIGO PENAL

SÉTIMO. El artículo 172 del Código Penal, hasta la fecha, ha sido objeto de 4 modificatorias. La redacción vigente al momento en que ocurrieron los hechos es la establecida por la Ley N.° 28704[41] —publicada el 5 de abril de 2006—, que sanciona con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de veinticinco años a quien tiene acceso carnal con una persona por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos al introducir objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, conociendo que sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental o que se encuentra en incapacidad de resistir.

Establece una modalidad agravada, cuando el autor comete el delito al abusar de su profesión, ciencia u oficio, en cuyo caso, la pena será privativa de libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

OCTAVO. Conforme a la precitada regulación, para que se configure el delito se debe acreditar lo siguiente: i. un acceso carnal; ii. que el sujeto pasivo sufra anomalía síquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental o que se encuentre en incapacidad de resistir; iii. que el sujeto activo, conociera esa condición y hubiese abusado de ella. Se trata de un tipo penal doloso, no se admite la comisión culposa.

Según la redacción literal del artículo en mención, y en relación a lo que es objeto del recurso de casación, solo basta que se acredite pericialmente en el proceso la discapacidad intelectual –conocida bajo el modelo médico como

---

41 Ley que modifica artículos del Código Penal relativos a los delitos contra la libertad sexual y excluye a los sentenciados de los derechos de gracia, indulto y conmutación de la pena.

retardo mental– de la víctima y que el sujeto activo conozca de esa discapacidad y conociéndola abuse de ella.

NOVENO. En lo que respecta a la interpretación de este dispositivo legal, en relación al bien jurídico, la Corte Suprema ha establecido:

"En los atentados contra personas que no pueden consentir jurídicamente, cuando el sujeto pasivo es incapaz porque sufre anomalía síquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental, o por su minoría de edad, lo protegido no es una inexistente libertad de disposición o abstención sexual sino la llamada "intangibilidad" o "indemnidad sexual". Se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque exista tolerancia de la víctima, lo protegido son las condiciones físicas o síquicas para el ejercicio sexual en libertad"[1].

En algunos casos, la jurisprudencia de este Supremo Tribunal, consideró que no se requiere que el grado del retardo sea grave[2] para que se configure este tipo penal, y en otros, tuvo en consideración si debido al retraso mental la víctima se encontraba en capacidad para consentir las relaciones sexuales[3].

DÉCIMO. La última modificatoria de este artículo, es la introducida mediante Ley N.º 30838, publicada el cuatro de agosto de dos mil dieciocho con la sumilla: violación de persona en incapacidad de dar su libre consentimiento. Se sanciona con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de veintiséis años, a quien tiene acceso carnal con una persona por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos al introducir objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, **conociendo que está impedida de dar su libre consentimiento** por sufrir de anomalía síquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental o que se encuentra en incapacidad de resistir.

Conforme a la nueva redacción, ya no es suficiente que el dolo del sujeto activo abarque el conocimiento de que la víctima padece de las discapacidades

---

[1] Acuerdo Plenario N.° 1-2011/CJ-116, del seis de diciembre de dos mil once. Asunto: Apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual. f. j. 16.

[2] Casación N.° 71-2012-Cañete, del 20 de agosto de 2013, f.j. 7. Sala Penal Permanente. "No se requiere que el retardo mental sea de una intensidad regularmente grave que no le permita conocer o valorar lo que representan las prácticas sexuales para que se perfeccione el delito antes citado; que admitir ello sería establecer que para la configuración del tipo penal, además del retardo mental que menciona este debe ser regularmente intenso, lo cual sería añadir otro elemento objetivo que no prevé la norma penal".

[3] Recurso de Nulidad N.° 1879-2017, del veinte de setiembre de dos mil dieciocho, f. j. 14. Sala Penal Permanente. "De este modo, no resulta posible sostener que una persona con retraso mental moderado, con una edad cronológica de seis años y limitaciones para su normal desempeño de vida se encuentre en capacidad para consentir relaciones sexuales; y, dado que dicha condición resulta apreciable al contacto social, tampoco puede sostenerse o justificarse el consentimiento que pretende invocar el acusado".

mencionadas, y que además conoce del impedimento para consentir –que le ocasiona la discapacidad– y se aproveche de esta circunstancia.

DECIMOPRIMERO. En cuanto a la discapacidad intelectual, la Organización Mundial de la Salud (OMS) lo define como un estado de desarrollo incompleto o interrumpido de la mente, que se caracteriza por la dificultad en el período de desarrollo para adquirir las aptitudes que contribuyen al nivel general de la inteligencia, es decir, las aptitudes cognitivas, de lenguaje, motrices y sociales. En algunos casos, puede estar acompañado de cualquier otro trastorno somático o mental. De hecho, los afectados de una discapacidad intelectual mental pueden padecer todo el espectro de trastornos mentales y su prevalencia es al menos tres o cuatro veces mayor en esta población que en la población general. Se agrega, que tienen un mayor riesgo de sufrir explotación o abusos físicos y sexuales.

El déficit en la función intelectual es considerado como su principal característica. Se toma en cuenta el cociente intelectual (CI) para clasificar los grados de retardo, que deben determinarse mediante la aplicación individual de pruebas de inteligencia estandarizadas y adaptadas a la cultura de la población de la cual es miembro el sujeto.

Los grados o niveles de retraso son clasificados por la CIE-10[4]. Se clasifica en grados: retraso mental leve, moderado, grave y profundo.

DECIMOSEGUNDO. En lo que concierne al examen casacional, la discapacidad intelectual, es un elemento normativo y descriptivo del artículo 172 del CP, que debe ser interpretado bajo nuevos enfoques, pues la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad se acerca más a un enfoque social[5], que médico, de la discapacidad[6], como veremos en el siguiente apartado.

---

4 F70 Retraso mental leve (50 a 69 de CI), F71 retraso mental moderado (del 35 a 49 de CI), F72 retraso mental grave (del 20 a 34 de C.I.), F73 retraso mental profundo (menos de 20 de CI), F78 otro retraso mental, y F79 retraso mental sin especificación.

5 AGUSTINA PALACIOS. El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Editorial Cinca, Madrid, 2008.

6 En ese sentido, se orienta la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. Así, en la Sentencia N.° C-458 del 2015, deja sentado que la discapacidad no es un problema físico o de salud de la persona que deba tratarse de manera aislada, sino un problema social del que son víctimas las personas que componen esta población, ya que ante la sociedad no se están generando las medidas de inclusión efectivas desde un lenguaje que los reconozca como personas iguales, y no como sujetos con menos valor en la sociedad, yendo en contra de los fines de los 2 últimos incisos, del artículo 13, de su Constitución Política y la dignidad humana.

LA LIBERTAD SEXUAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL

DECIMOTERCERO. La persona con discapacidad es un sujeto de especial protección constitucional. Así lo consagra el artículo 7 de la Constitución Política, relativo al derecho a la salud, que en el párrafo final prescribe: "La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad".

En este orden de ideas, formalmente el constituyente ha determinado que las personas discapacitadas gozan, de los mismos derechos y garantías que las demás[7]. Es por ello, que se puede afirmar que deben ser merecedores de una protección especial por parte del Estado, y en tal sentido, se precisa de acciones concretas y efectivas, a través de políticas públicas que promueven las acciones afirmativas en defensa de sus derechos.

DECIMOCUARTO. El mencionado artículo 7, debe ser interpretado de conformidad con lo dispuesto en la IV Disposición Final y Transitoria de la Norma Fundamental, según la cual los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú[8]. Además, se debe tener en cuenta que conforme el artículo 55 de la Norma Fundamental, los tratados celebrados por Perú y en vigor forman parte del derecho interno.

DECIMOQUINTO. Los tratados que de modo específico abordan los derechos de las personas con discapacidad, en los ámbitos interamericano y universal, son: i) La Convención Interamericana para la Eliminación de todas

---

[7] En ese sentido, el Tribunal Constitucional en el f. j. 13 de la STC N.° 02480-2008-PA/TC, dejó establecido, que "la Constitución reconoce a las personas con discapacidad mental como sujetos de especial protección debido a las condiciones de vulnerabilidad manifiesta por su condición síquica y emocional, razón por la cual les concede una protección reforzada para que puedan ejercer los derechos que otras personas, en condiciones normales, ejercen con autodeterminación".

[8] Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución: "Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú".

las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad[9], y ii) La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[10].

DECIMOSEXTO. La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en su artículo primero define el término "discapacidad", como una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social. Conforme a su artículo 2, sus objetivos son, la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad.

DECIMOSÉTIMO. Por su parte, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el artículo 1, incluye en este grupo poblacional "a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás". Además, señala la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones.

DECIMOCTAVO. En atención, al propósito de la referida Convención: "que todas las personas con discapacidad gocen de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en condiciones de igualdad", los Estados Parte convinieron en consagrar un conjunto de principios y derechos con tal finalidad.

Así, el inciso 2, artículo 3, dispone que tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. En el ámbito de la libertad, se consagra el principio de la autonomía individual, incluida

---

9 Suscrita en Guatemala el 7 de junio de 1999. Aprobada por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa N.° 27484, del 15 de junio de 2001, y ratificada por el Presidente de la República, según Decreto Supremo N.° 052-2001-RE, del 30 de agosto de 2001. En vigor desde el 14 de setiembre de 2001.

10 Suscrita en New York el 13 de diciembre de 2006. Aprobada por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa N.° 29127, del 30 de octubre del 2007, y ratificada por el Presidente de la República, según Decreto Supremo N.° 073-2007-RE, del 30 de diciembre de 2007. En vigor desde el 3 de mayo de 2008.

la libertad de tomar las propias decisiones (artículo 3)[11], y entre otros derechos que provienen de esta libertad, se consagran los de casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges, decidir el número de hijos que quieren tener, y mantener su fertilidad (apartados a, b y c del artículo 23). En el ámbito del derecho a la salud, se dispone que se les debe proporcionar programas y atención de la salud, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva (apartado a del artículo 25)[12].

DECIMONOVENO. En el inciso 2, artículo 12 de la Convención, se reconoce a los discapacitados que tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Es por ello, que los Estados Parte asumen la obligación de asegurar que para el ejercicio de esta capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos[13].

En el ámbito penal, la Convención contiene dos disposiciones. Una primera del artículo 14, referido a la persona discapacitada como sujeto activo del delito[14], que dispone que los Estados Partes aseguren que estas personas,

---

[11] En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha fijado como línea interpretativa en la STC N.° 2313-2009-HC/TC, f.j. 6: "La discapacidad mental no es sinónimo, prima facie, de incapacidad para tomar decisiones. Si bien las persona que adolecen de enfermedades mentales, suelen tener dificultad para decidir o comunicar tales decisiones, estas deben ser tomadas en cuenta puesto que ello es una manifestación de su autodeterminación, y en primera instancia de su dignidad".

[12] En consideración al modelo social de la Convención, se critica el artículo 172 del CP en la redacción contenida con la Ley N.° 28704: "Esta norma claramente responde a estereotipos propios del modelo médico o rehabilitador, al proteger de manera especial a la persona con discapacidad mental y equipara su tratamiento al de un menor de edad, en donde la falta de consentimiento o voluntad se presume sin permitir prueba en contrario. La equiparación de la discapacidad mental a la minoría de edad es frecuente. Sin embargo, mientras en el caso la minoría de edad, las normas internacionales y nacionales reconocen limitaciones en el ejercicio de la capacidad jurídica, dicho enfoque es radicalmente dejado de lado bajo la lógica del artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (...). En el marco del modelo social, donde prevalece la autonomía, cabe revisar la norma a efectos de no presumir la incapacidad de brindar consentimiento. [BREGAGLIO LAZARTE, Renata y RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Julio. Modelo social de la discapacidad y Derecho penal: aproximaciones al ordenamiento jurídico peruano. En: Inimputabilidad y medidas de seguridad a debate: reflexiones desde América Latina en torno a los derechos de las personas con discapacidad. Ciudad de México: Ubijus editorial, 2017, p. 135-136].

[13] Además que se respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.

[14] Ver: Documenta, Análisis y acción para la justicia social. Inimputabilidad y medidas de seguridad a debate: reflexiones desde América Latina en torno a los derechos de las personas con discapacidad. Editorial Ubijus, México, 2017.

privadas de su libertad en razón de un proceso, tengan en igualdad de condiciones con las demás, derecho a las garantías del derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la Convención, incluida la realización de ajustes razonables.

La otra disposición es la del artículo 16, respecto a las personas con discapacidad como sujetos pasivos del delito, en el que se prevé que los Estados Partes adopten legislaciones y políticas para asegurar que los casos de explotación, violencia y abuso contra aquellas sean detectados, investigados y, en su caso, juzgados, en aras de su protección.

VIGÉSIMO. La Ley N.° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, reconoce los principios y derechos que consagra la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y reitera la conceptualización de la discapacidad (artículo 2). En su artículo 9, garantiza que la persona con discapacidad tiene capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones que las demás. Y al igual que la citada Convención, se proporcionen salvaguardas para su ejercicio, ya que prescribe: el Código Civil regula los sistemas de apoyo y los ajustes razonables que requieran para la toma de decisiones[15].

En lo atinente a la libertad sexual de los discapacitados, el párrafo final, del inciso 2, de este dispositivo, estipula que el Estado "garantiza su derecho a contraer matrimonio y a decidir libremente sobre el ejercicio de su sexualidad y su fertilidad".

VIGESIMOPRIMERO. Si bien esta ley modificó diversas normas del ordenamiento jurídico[16], no contiene referencias expresas a la normatividad penal. Como se anotó, la Ley N.° 30838 que modificó el artículo 172 del CP, introdujo

---

[15] Las salvaguardas que en el ámbito interno se han establecido para las personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad y para aquellas con capacidad de ejercicio restringida, han sido introducidas por el Decreto Legislativo N.-° 1384, que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, y establece diversas modificaciones al Código Civil y Código Procesal Civil.

[16] El Código Civil, la Ley General de Educación, la Ley Universitaria, la Ley General de Salud, la Ley de Radio y Televisión, el Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, el Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, la Ley General de Aduanas, el Decreto Ley 19846, el Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la Ley de promoción de acceso a Internet para personas con discapacidad y de adecuación del espacio físico en cabinas públicas de Internet, y la Ley de la Carrera Judicial.

el elemento normativo y descriptivo[17] "libre consentimiento" en este dispositivo y en otras figuras delictivas: Violación sexual (artículo 170), tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos "sin consentimiento" (artículo 176), o "sin el consentimiento de esta", como es el caso del acoso sexual (artículo 176-B). Si bien algunos proyectos de ley que se presentaron para la modificatoria de los artículos correspondientes al título de la violación de la libertad sexual, se basaron en la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer[18], es evidente que el legislador tuvo en cuenta la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En ese sentido, la norma interna se ha adaptado a la citada Convención y lo que corresponde es una interpretación y aplicación de este dispositivo en concordancia con este instrumento normativo.

En cuanto al libre consentimiento, constituye una manifestación de la autodeterminación de la persona, quien es libre de tomar sus propias decisiones[19]. En ese sentido, si la víctima no puede autodeterminarse por su discapacidad intelectual, entonces no es posible que brinde su libre consentimiento.

VIGESIMOSEGUNDO. En atención a lo expuesto, una interpretación del artículo 172 del CP en concordancia con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, implica tener en cuenta que: a) el sujeto activo conozca que el sujeto pasivo padece de discapacidad intelectual que le impide prestar un libre consentimiento; b) el sujeto activo se prevalga de este conocimiento, y se aproveche de la discapacidad de la víctima en el momento de

---

17 Es normativo, porque requiere para su determinación o interpretación una valoración ética o jurídica y, por tal motivo, un cierto grado de subjetivismo [Zaffaroni, Eugenio Raúl: Manual de Derecho Penal. Parte General. Ediciones Jurídicas, Lima, 1994, p. 399], y es descriptivo, porque para precisar su contenido se requiere de conocimientos psicológicos o médico-psiquiátricos que están más allá de las valoraciones jurídicas. El Derecho no es la única rama del conocimiento que nos dice a quienes se les debe considerar como "impedidos de dar su libre consentimiento".

18 Proyectos de Ley N.° 1069/2016, N.° 2070/2017-CR, entre otros.

19 De acuerdo al modelo funcional de autodeterminación de Michael Wehmeyer, la autodeterminación es aquella conducta que lleva a la persona a actuar como el principal agente causal de sus acciones sin influencias o interferencias externas innecesarias. Peralta López, Feli; Arellano Torres, Araceli. La autodeterminación de las personas con discapacidad intelectual: situación actual en España, Revista CES Psicología, vol. 7, núm. 2, Medellín, julio-diciembre, 2014, 59-77.

los hechos[20]; y c) el sujeto pasivo padezca de discapacidad intelectual –conocida bajo el modelo médico como retardo mental– la que le impide comprender y consentir el acceso carnal o el acto sexual cometido[21], esto es, que su nivel de discapacidad no le permita, en el momento del hecho, consentir válidamente el acto sexual.

Esta determinación se efectuará según las circunstancias de cada caso en particular, y con el apoyo de las pericias psiquiátricas y psicológicas, cuya actuación es de rigor, las que deben tener en cuenta los déficits intelectuales de la persona con discapacidad. Además con los medios de prueba que aporten las partes.

ANÁLISIS DEL CASO

VIGESIMOTERCERO. Como se ha indicado la sentencia de vista revocó la de primera instancia que condenó a Suárez Giraldo por el delito de violación sexual de persona con retardo mental –discapacidad intelectual–, y lo absolvió de los cargos.

VIGESIMOCUARTO. Para analizar el caso concreto, este Supremo Tribunal tiene en consideración que en la sentencia de primera instancia se declaró probado que la menor con iniciales A. M. A. G., tuvo acceso carnal por la vía vaginal, conforme a las conclusiones expuestas por la perito médico legista María Paula Coaquira Galindo, quien elaboró el Certificado Médico Legal N.° 986-L-DCLS, del 27 de marzo de 2015, pues se evidenció que presentaba signos de desfloración reciente.

---

[20] Es preciso que el agente del delito se aproveche, prevalga o abuse de dicha discapacidad para dar rienda suelta a sus instintos lascivos. Este abuso deliberado del agresor es el que también incrementa el contenido de reproche jurídico del delito. De esta manera, el modo con el que actúa el violador y la circunstancia especial de la persona discapacitada son los dos fundamentos sobre los que descansa la conducta descrita en el artículo 172 del CP. En este sentido, Muñoz Conde sostiene que: "(...) precisamente, para evitar una interpretación demasiado objetivista se exige que, además, que el sujeto activo "abuse" del trastorno mental, es decir, se aproveche de la incapacidad del sujeto pasivo para entender el alcance del acto sexual o para autodeterminarse y consiga el contacto sexual precisamente por esa incapacidad. Este "abuso" exige, por tanto, una actitud dolosa, que tiene que ser probada y no simplemente presumida en el correspondiente proceso". [Muñoz Conde, Francisco: Derecho Penal. Parte Especial. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 234].

[21] La Sala Plena de la Corte Suprema de Colombia (6 may. 2009, rad. 24055), ha señalado que: la condición especial del sujeto pasivo se asemeja a la figura de la inimputabilidad del procesado en sede de la categoría de la culpabilidad, es decir, tiene que ver con la capacidad psíquica por parte de la víctima de comprender las implicaciones del acceso carnal o del acto sexual cometido, así como de determinarse de acuerdo con esa comprensión (en analogía con las facultades mentales que alrededor de la realización del injusto consagra el artículo 33 de la ley 599 de 2000).

También se declaró probado que la referida menor padece de retado mental de leve a moderado, conforme a las conclusiones expuestas en juicio oral por el médico cirujano Martín de los Milagros Ramos Mendoza respecto al certificado de discapacidad N.° 065-15 de dicha menor.

Asimismo, con lo referido por el perito psicólogo Oscar Alfredo Tirado Camacho, autor del Protocolo de Pericia Psicológica N.° 004199-2015-PSC, quien señaló que la menor evidenció un posible daño a nivel neurológico degenerativo. Y con la oralización de la Evaluación Psiquiátrica N.° 44289-2015-PSQ, del 14 y 24 de agosto de 2015, que estableció una edad clínica de la menor ubicable entre los siete a nueve años de edad, con un síndrome orgánico cerebral (epilepsias sin convulsiones) y de personalidad en estructuración.

VIGESIMOQUINTO. Se declaró probado además que de esta condición de discapacidad intelectual, tuvo conocimiento el acusado absuelto Suárez Giraldo. Ello con base al relato de la madre de la menor en el Protocolo de Pericia Psicológica N.° 004199-2015-PSC, donde refirió que el acusado sabía que su hija estaba mal, y lo vertido en juicio oral, pues refirió que dicho acusado concurría a su vivienda toda las mañanas a dar alimentos a sus animales (patos y gallinas) que tenía encargados.

VIGESIMOSEXTO. La Sala Penal de Apelaciones abordó la cuestión si la menor con iniciales A. M. A. G. estuvo impedida o no de dar su libre consentimiento sexual, con base en el inciso 2, artículo 12 y literal a), inciso 1, artículo 23, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y el inciso 2, artículo 9 de la Ley General de Personas con Discapacidad. La Sala concluyó que el Ministerio Público no demostró que dicha menor se encontraba en condiciones de decidir en su esfera sexual; y que por lo tanto, entendió que sí gozaba del derecho a decidir libremente sobre su actividad sexual.

Con relación a este punto, se aprecia que la Sala Penal de Apelaciones incurrió en una falacia o un error en su argumentación, pues sustentado en que no se acreditó la falta de autodeterminación de la menor, concluyó que si la tenía; obviando la valoración de los otros medios de prueba como: i) el Protocolo de Pericia Sicológica N.° 004199-2015-PSC, del 23 de setiembre de 2015, en el cual, a la pregunta a la menor sobre si sabe que son relaciones sexuales respondió negativamente. Asimismo, no definió o explicó a qué se refiere con violación, solo señaló que son tocamientos, y concibió como un juego los besos del acusado y que le haya quitado la ropa; ii) la Evaluación Psiquiátrica N.° 44289-2015-PSQ, señala que adolece de conación, pues no es dueña de su voluntad, su edad mental se ubica clínicamente entre los siete a nueve años de edad, y se concluyó que

presenta una personalidad en estructuración, y recomendó que la menor continúe con tratamiento psiquiátrico y psicológico por el estrés postraumático.

VIGESIMOSÉTIMO. Asimismo, con base en el Protocolo de Pericia Psicológica N.° 004199-2015-PSC, del veintitrés de setiembre de dos mil quince, practicado a la menor, concluyó que las relaciones sexuales entre el acusado y ella fueron consentidas. Sin embargo, se aprecia que las conclusiones de la pericia sicológica no se corresponderían con el relato de la menor, quien señaló que no quería que le quiten la ropa, y que cuando el acusado le introdujo su pene en su vagina se sintió mal; relato que fue reiterado en su declaración del veintiocho de marzo de dos mil quince[22].

VIGESIMOCTAVO. En el caso en concreto, es evidente que la Sala Penal de Apelaciones realizó un juicio de valor sesgado y parcial, lo que determinó que efectúe una interpretación inadecuada del artículo 172 del CP, cuando aplicó el inciso 2, artículo 12 y literal a), inciso 1, artículo 23, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Por tanto, corresponde dictar una sentencia rescindente y reenviar el proceso a otro Colegiado Superior para que se pronuncie sobre el fondo del asunto, teniendo en cuenta la interpretación realizada sobre el citado dispositivo legal.

VIGESIMONOVENO. Finalmente, de lo actuado aparece que Suárez Giraldo fue condenado el once de marzo de dos mil dieciséis por el Juzgado Penal Colegiado de Huaura a quince años de pena privativa de la libertad (foja 132), condena que fue ejecutada de inmediato, pues en dicha fecha se encontraba en un establecimiento penitenciario cumpliendo la medida de prisión preventiva desde el veintisiete de marzo de dos mil quince. En consecuencia, por los efectos de esta sentencia casatoria, retoma su condición de condenado, por lo que debe ordenarse su inmediata recaptura, cursándose los oficios correspondientes con tal fin.

---

22 En el Acuerdo Plenario N.° 4-2015/CIJ-116, se fijó como criterio que el informe debe haberse elaborado de acuerdo a las reglas de la lógica y conocimientos científicos o técnicos. Especialmente, si se analiza el objeto del dictamen, la correlación entre los extremos propuestos por las partes y los expuestos del dictamen pericial, y la correspondencia entre los hechos probados y los extremos del dictamen, la existencia de contradicciones entre el informe y lo vertido por el perito en el acto oral.

79

§79. Violación de menor de edad

Recurso de nulidad	1959-2017-CUSCO
Fecha	25 de junio de 2018
Procedencia	Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Lecaros Cornejo.
Jueces Supremos	Lecaros Cornejo, Salas Arenas, Quintanilla Chacón, Chaves Zapater, Castañeda Espinoza.
Disposiciones estudiadas	Art. 173 del CP

RESUMEN:

El encausado, a la fecha de los hechos imputados (cuatro de junio de dos mil seis), tenía veinte años y nueve meses de edad, conforme se desprende de su ficha Reniec (foja cuarenta y seis), donde se verifica que nació el veintiocho de setiembre de mil novecientos ochenta y cinco; por lo que correspondería disminuir prudencialmente la pena a veinte años, conforme con lo establecido en el artículo 22 del Código Penal vigente, al momento de los hechos.

FUNDAMENTOS:

VIGESIMOTERCERO. Pese a las versiones referidas por el encausado, se tiene las primigenias declaraciones incriminatorias de la agraviada, en calidad de testigo único; por lo que debe determinarse si dichas versiones revisten o carecen del mérito probatorio suficiente para fundamentar una sentencia condenatoria. Es aplicable al presente caso el Acuerdo Plenario N.° 2-2005/CJ-116, el cual señala que este tipo de declaraciones deben someterse a tres garantías de certeza:

a) Ausencia de incredibilidad subjetiva. b) Verosimilitud. c) Persistencia en la incriminación.

Garantías de certeza que se evidencian en el presente caso: **Ausencia de incredibilidad subjetiva**, como se indicó en los fundamentos precedentes, no se advierte que entre el encausado y la menor agraviada haya existido sentimientos espurios, de odio o animadversión. **Verosimilitud**; las declaraciones primigenias de la menor agraviada fueron brindadas con las garantías de ley, en las que esta narra con detalles cómo acontecieron los hechos imputados al encausado; las mismas que están rodeadas de corroboraciones periféricas de carácter objetiva que la dotan de aptitud probatoria; las mismas que se detallaron en los fundamentos precedentes. **Persistencia en la incriminación**, se advierten ciertos matices; sin embargo, el cambio de versión de la menor víctima, no inhabilita su apreciación judicial, conforme ha sido recogido en el Acuerdo Plenario N.° 1-2011/CJ-116, conforme se hizo referencia en los fundamentos precedentes.

VIGESIMOCUARTO. De los actuados, se advierte que la defensa técnica del encausado Roger Choque Soto presentó el escrito de fojas 359, por el que dedujo excepción de cosa juzgada en aplicación del principio de no ser juzgado dos veces (en consideración que la Comunidad Campesina de Huayhuahuasi emitió pronunciamiento por estos hechos); el mismo que fue resuelto en sede plenarial de fojas trescientos sesenta y seis a trescientos setenta y cinco, en la que el fiscal emitió opinión al respecto y el Colegiado Superior declaró improcedente lo solicitado. Cabe precisar que no existe en el expediente documento que acredite que la comunidad haya resuelto este hecho que es materia de juzgamiento (violación de una menor de edad); más aún, debe considerarse que este hecho no puede ser de conocimiento de las comunidades campesinas, sino que debe ser juzgado y resuelto por la justicia ordinaria.

Por consiguiente, lo sostenido por la defensa técnica del encausado son meros argumentos de defensa; los cuales han quedado desvirtuados con las pruebas antes acotadas, actuadas y valoradas en el proceso; por lo cual, se ha logrado acreditar fehacientemente la responsabilidad del encausado Roger Choque Soto, en los hechos imputados; desvirtuando la presunción de inocencia que asiste al imputado; por lo que corresponde mantener la condena impuesta en la sentencia venida en grado.

VIGESIMOQUINTO. Este Tribunal Supremo, respecto a la pena impuesta, debe considerar lo siguiente:

25.1. Al respecto, el Acuerdo Plenario 1-2008/CJ-116, en sus fundamentos 6 y 7, sostiene que:

> La determinación judicial de la pena es el procedimiento técnico y valorativo que se relaciona con aquella tercera decisión

> que debe adoptar un juez penal. En doctrina también recibe otras denominaciones como "individualización judicial de la pena" o "dosificación de la pena". [...] El legislador solo señala el mínimo y el máximo de pena que corresponde a cada delito. Con ello, se deja al juez un arbitrio relativo que debe incidir en la tarea funcional de individualizar, en el caso concreto, la pena aplicable al condenado. Lo cual se hará en coherencia con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad (artículos II, IV, V, VII y VIII, del Título Preliminar, del Código Penal), bajo la estricta observancia del deber constitucional de fundamentación de las resoluciones judiciales.

25.2. Por su parte, el Acuerdo Plenario N.° 5-2008/CJ-116, en su fundamento 13, señala:

> La determinación judicial de la pena debe respetar los ámbitos legales referidos tanto a la configuración de la pena básica –definida como la configuración del marco penal establecido por el tipo legal y las diferentes normas que contienen las circunstancias modificativas de la responsabilidad genéricas, sean agravantes y/o atenuantes–, como al establecimiento de la pena concreta o final –que es el resultado de la aplicación de los factores de individualización estipulados en los artículos 45 y 46 del Código Penal, siempre dentro del marco penal fijado por la pena básica y a partir de criterios referidos al grado de injusto y el grado de culpabilidad-. El acuerdo deberá determinar la pena concreta o final consensuada, cuyo examen, bajo las pautas señaladas líneas arriba –juicios de legalidad y razonabilidad de la pena–, corresponde realizar al juez.

VIGESIMOSEXTO. El Colegiado Superior, para imponer la pena, consideró las normas previstas en los artículos VII, VII y IV del Título Preliminar del Código Penal; la función preventiva, protectora y resocializadora de la pena; el propósito de la rehabilitación social, habida cuenta que este principio reposa en la mínima intervención del Estado, por lo que la pena solicitada por el Ministerio Público –treinta años–, debe ser disminuida, dentro de los estándares de los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

VIGESIMOSÉTIMO. Este Tribunal Supremo advierte que el Colegiado Superior, al momento de determinar la pena al encausado Roger Choque Soto, no consideró que el delito penal imputado al encausado establece la pena

privativa de libertad no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años; en el expediente se advierte como circunstancia atenuante que el encausado no registra antecedentes penales, conforme se desprende del certificado de fojas diecisiete; y al no advertirse circunstancias agravantes, correspondería imponer la pena dentro del **tercio inferior**, conforme con lo establecido en el artículo 45-A, inciso 2, apartado a. A ello, debió considerarse que el encausado, a la fecha de los hechos imputados (cuatro de junio de dos mil seis), tenía *veinte años* y nueve meses de edad, conforme se desprende de su ficha Reniec (foja cuarenta y seis), en el que se verifica que nació el veintiocho de setiembre de mil novecientos ochenta y cinco; por lo que correspondería disminuir prudencialmente la pena a veinte años, conforme con lo establecido en el artículo 22 del Código Penal vigente, al momento de los hechos. Se debe considerar que existe jurisprudencia uniforme reciente en torno a inaplicar lo expuesto en el segundo párrafo de dicha norma, por lo que consideramos que en el presente caso tampoco se aplicaría la mencionada excepción a la atenuación de la pena, conforme con el principio de proporcionalidad y culpabilidad.

VIGESIMOCTAVO. A ello se tiene que de la sesión de juicio oral (foja trescientos noventa), se desprende que el encausado Choque Soto no se acogió a la conclusión anticipada; por lo que no corresponde aplicar dicho beneficio.

En atención a lo expuesto, la pena impuesta por el Colegiado Superior (treinta años), debe modificarse a veinte años de pena privativa de libertad.

VIGESIMONOVENO. Respecto al monto de la reparación civil, debe tenerse en cuenta que esta comprende la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y la indemnización de los daños y perjuicios, conforme lo establece el artículo 93 del Código Penal; es decir, debe guardar proporción con los bienes jurídicos afectados. Así, advirtiéndose que en el presente caso se afectó el bien jurídico, indemnidad sexual de una menor de edad de doce años y cuatro meses, aproximadamente; que, el Fiscal Superior, en su acusación (foja ciento sesenta y cinco) solicitó se imponga el pago de tres mil soles por este concepto. La Sala Penal Superior, en la sentencia de vista, fijó dos mil doscientos soles a favor de la agraviada, que deberá pagar el encausado Roger Choque Soto; ello producto del descuento de los ochocientos soles recibidos como parte de pago en este extremo, por transacción extrajudicial de fojas ciento catorce; suma dineraria que este Tribunal Supremo considera razonable; por lo que debe mantenerse.

TRIGÉSIMO. Asimismo, se advierte que el Colegiado Superior dispuso que el encausado sea sometido, previo examen médico y psicológico, a tratamiento terapéutico, a fin de facilitar su readaptación social; lo cual resulta

conforme a ley, pues el primer párrafo, del artículo 178-A, del Código Penal, se establece que: "El condenado a pena privativa de libertad efectiva por los delitos comprendidos en este capítulo (violación de la libertad sexual), previo examen médico o psicológico que determine su aplicación, será sometido a tratamiento terapéutico, a fin de facilitar su readaptación social". Por tanto, lo dispuesto por el referido Colegiado debe mantenerse.

B. PROXENETISMO

80

§80. Favorecimiento a la prostitución

Recurso de nulidad	1659-2018-HUÁNUCO
Fecha	18 de marzo de 2019
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Príncipe Trujillo.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Figueroa Navarro, Príncipe Trujillo, Sequeiros Vargas, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Art. 179 del CP

RESUMEN:

El tipo penal reprime los actos de cooperación, asistencia o colaboración en el ejercicio de la prostitución, los que pueden materializarse en la búsqueda de clientes o en el suministro de espacios donde se pueda ejercer el meretricio. Esta situación se agrava si la afectada es menor de edad.

No exige un constreñimiento ni el ejercicio de la violencia para que la víctima ejerza esta actividad, pues de presentarse estas circunstancias se configuraría otra figura delictiva, esto es, el proxenetismo.

FUNDAMENTOS:

SÉPTIMO. Aunque no se determinó que el sujeto activo conociera la edad exacta de la víctima, sí se acreditó que aquel sabía de su minoría de edad, pues en su manifestación rendida a nivel preliminar, en presencia del representante del Ministerio Público y de su abogado defensor, declaró que se entrevistó con la menor, consultándole sobre el permiso de su mamá; incluso le replicó que no quería tener problemas con la policía ni con su familia, especificaciones que no

hubiera tenido que efectuar si hubiera pensado que aquella contaba con mayoría de edad. Esto no es relevante para la configuración del tipo penal, que se acredita con los actos de favorecimiento a la prostitución, sino para la concurrencia de la agravante del inciso 1 del artículo 179 del Código Penal, referido a la colaboración de actos de prostitución de un menor de edad.

OCTAVO. Los agravios defensivos deben ser rechazados. Lo glosado en los fundamentos jurídicos anteriores es suficiente para estimar que el imputado coadyuvó en la prostitución de la menor de iniciales G. M. V. P. a cambio de una retribución económica –recibía un sueldo por encargarse de recibir a las meretrices, otorgarles una habitación, darles alimentación, y cobrar a los potenciales usuarios y a las trabajadoras sexuales por el especio que ocupaban–. Es irrelevante para el objeto de debate que la agraviada hubiera tenido relaciones sexuales con otras personas previamente a la data del presente evento delictivo, y la figura penal no exige para su configuración que se genere en la víctima una afectación psicológica ni un daño moral.

Se cumplió con las exigencias del artículo 285 del Código de Procedimientos Penales y la prueba aportada es suficiente para destruir la presunción de inocencia que asistía al recurrente Eflín Córdova Díaz.

NOVENO. El tipo penal aplicable es el previsto por el artículo 179, inciso 1, del Código Penal, que reprime el favorecimiento a la prostitución de una menor de edad con una pena privativa de libertad que oscila entre los cinco a doce años. Luego, como la intensidad del reproche es mayor por la edad de la víctima –no es lo mismo favorecer a la prostitución de una joven de diecisiete años que de una menor de trece años– y la conducta se ejecutó por un móvil lucrativo, la pena fijada en el extremo mínimo del tercio intermedio es acorde a ley.

La reparación civil no ha sido cuestionada por el sujeto legitimado ni por el encausado, por lo que, a tono con su naturaleza privada y los principios dispositivo y de congruencia que la informan, corresponde declarar la conformidad del monto fijado por el Tribunal Superior.

4. DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO A. HURTO

A. HURTO

81

§81. Delito de Hurto

Acuerdo Plenario	4-2011/CJ-116
Fecha	06 de diciembre del 2011
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Villa Stein, Lecaros Cornejo, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Neyra Flores, Villa Bonilla, Calderón Castillo, Santa María Morillo.
Disposiciones estudiadas	Arts. 186° y 144° del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	9° al 12°

RESUMEN:

*Las agravantes del delito de hurto agravado requieren la presencia de la totalidad de elementos típicos del hurto básico, **a excepción del elemento "valor pecuniario"**, pues conservan, en relación al tipo penal básico, un específico margen de autonomía operativa.*

*De esta manera, el criterio cuantitativo es una exigencia que se encuentra expresa, inequívoca y taxativamente establecida sólo para el hurto simple, la misma que no se extiende a los supuestos agravados. Por tanto, **el hurto agravado no requiere del requisito del quantum del valor del bien para su configuración**; motivo por el cual no resulta aplicable el requisito del valor del bien mueble objeto de hurto para la configuración de las circunstancias agravantes contenidas en el artículo 186° CP.*

FUNDAMENTOS:

"**6°.** Actualmente coexisten en la jurisprudencia y en la doctrina nacionales, posiciones discrepantes en torno a si resulta aplicable el requisito del valor del bien mueble objeto de hurto (equivalente a una remuneración mínima vital, según el artículo 444° del Código Penal -en adelante, CP-) para la configuración de las circunstancias agravantes contenidas en el artículo 186° CP.

7°. Dos son las posiciones en discordia. La primera se pronuncia a favor de la observancia del valor del bien mueble sustraído para la configuración del tipo penal agravado, sustentando su posición principalmente en los siguientes argumentos

A. Se respeta el principio de legalidad -principio pilar de nuestro Estado de Derecho-, así como la teoría del tipo, específicamente las funciones del tipo, que cumplen una función garantizadora, ya que el hurto agravado exige la concurrencia de todos los elementos del hurto simple, incluyendo el monto del objeto de acción, por lo que en el supuesto de no concurrir dicha circunstancia se estaría ante un supuesto de falta.

B. Como el patrimonio es el principal bien jurídico afectado, se requiere una lesión considerable. En tal virtud, las conductas que no manifiestan un grado de lesividad significativo al bien jurídico tutelado deben ser sustraídas del ámbito de punición, en atención a la opción político criminal seguida por el Código Penal y que está basada en los principios de última *ratio* y mínima intervención.

8°. La segunda posición defiende la autonomía del hurto agravado frente a la exigencia de que el bien mueble objeto del delito alcance una cuantía superior a una remuneración mínima vital. Plantea los siguientes argumentos:

A. El hurto agravado importa una pluriofensividad de bienes jurídicos.

B. En irrestricto respeto del principio de legalidad -base fundamental del Derecho penal-, el artículo 444° CP exige taxativamente un monto superior a una remuneración mínima vital tan solo para el supuesto de hecho del artículo 185° CP (hurto simple), mas no del hurto agravado (artículo 186° CP), por lo que debe concluirse en forma lógica y coherente que nuestro sistema punitivo no exige cuantía para la configuración del hurto agravado.

C. Impide se genere impunidad de las conductas ilícitas.

Alcances del valor del bien mueble objeto de hurto para la configuración de las agravantes del artículo 186° CP:

9°. Las agravantes del delito de hurto agravado se encuentran descritas en el artículo 186° CP. Ellas requieren la presencia de la totalidad de elementos típicos del hurto básico, a excepción del elemento "valor pecuniario", pues conservan, en relación al tipo penal básico, un específico margen de autonomía operativa [Cfr. RAMIRO SALINAS SICCHA: *Derecho Penal - Parte Especial*, 2da Edición, Editorial Grijley, Lima, 2007, p. 867]. El criterio cuantitativo es una exigencia que se encuentra expresa, inequívoca y taxativamente establecida sólo para el hurto simple (artículo 185° CP) y daños (artículo 205° CP), conforme lo estipula el artículo 444° CP; esta exigencia no afecta a los supuestos agravados. Con ello, además, se pone de manifiesto el carácter residual de la falta de hurto. Por tanto, el hurto agravado no requiere del requisito del *quantum* del valor del bien para su configuración. Así entendida esta infracción penal, respeta el principio de legalidad, previsto en el artículo 2°, inciso 24), literal d), de la Constitución; principio que comprende los requisitos de *lex praevia* -prohibición de retroactividad de las leyes que agravan la punición o prevean nuevas formas delictuales-, *lex scripta* -se excluye la costumbre como fuente de delitos y penas, e implica al principio de reserva de ley, que significa que el Congreso es el legitimado para normar las conductas ilícitas con sus respectivas sanciones, por ser el representante de la voluntad popular), y *lex stricta* -determinación de la ley penal, esto es, el cumplimiento del principio de taxatividad o mandato de certeza, que implica que los conceptos que utilice el legislador no pueden ser vagos porque atentaría contra la seguridad jurídica [Cfr. MARÍA DEL CARMEN GARCÍA CANTIZANO: *Algunos alcances del principio de legalidad en el ámbito del ordenamiento jurídico peruano*. En Revista Institucional N° 7. Aporte al Derecho Penal Peruano desde la perspectiva Constitucional, Lima, 2006. p. 89].

Cabe entonces rechazar, por este motivo, la primera de las opciones dogmáticas en debate.

10°. Por otro lado, no se puede amparar, en base al principio de favorabilidad del reo, que se genere impunidad. Los inconvenientes prácticos de estimar el criterio cuantificador respecto del objeto material del delito de hurto como parte de las hipótesis del hurto con agravantes son los siguientes:

A. Si la sustracción de bienes en casa habitada, queda en grado de tentativa o de frustración, dicho proceder generaría una sanción leve y no equivalente con la voluntad lesiva del agente.

B. Una sustracción por banda de un bien mueble de escaso valor, carecería de connotación como delito.

C. En el supuesto de que se dejase en indigencia temporal a quien percibe menos de una remuneración mínima vital, dicha conducta no constituiría delito. El Derecho penal sólo protegería a las personas cuya remuneración asciende a dicho monto, quedando por ende desprotegidas las víctimas de ingresos inferiores, con lo se generaría un Derecho penal tutelar del patrimonio de los socialmente mejor ubicados y de desamparo en perjuicio de quienes tienen menores recursos, quienes son mayoría en nuestro país [Cfr. JORGE LUIS SALAS ARENAS y otro: *Las calificaciones en el hurto agravado y su relaciones con el hurto simple entre la legalidad, la favorabilidad y la impunidad (II)*. En Revista Gaceta de la OCMA. Año V. N° 53-54. Mayo-Junio 2006, pp. 10-11].

11°. Nuestro legislador, por lo demás, ha estimado tales conductas como agravadas, atendiendo a su mayor lesividad, esto es, a su carácter pluriofensivo de bienes jurídicos. La ley penal asignó tal condición a los hurtos cometidos bajo circunstancias especiales y graves, tales como casa habitada, durante la noche, con ocasión de incendio, inundación, naufragio, calamidad pública o desgracia particular del agraviado, mediante el concurso de dos o más personas, etcétera [Cfr. HAMILTON CASTRO TRIGOSO: *Las faltas en el ordenamiento penal peruano*, Editorial Grijley, Lima, 2008, p. 68], obviando en estos casos criterios de cuantía. Diferente es el criterio político criminal que rige para el delito de hurto simple, que por ser una conducta de mínima lesividad y en observancia a los principios de mínima intervención y última *ratio* del Derecho penal, demanda que se fije un valor pecuniario mínimo a fin de diferenciarlo de una falta patrimonial. No es éste el caso del hurto con agravantes, dado que existe un mayor nivel de reproche, caso contrario, se tendría que establecer una cuantía significativa para el delito de robo [Cfr. RAMIRO SALINAS SICCHA: *Ibidem*, p. 845].

12°. Con acierto QUINTERO OLIVARES, sostiene que en los hurtos cualificados se ha ido imponiendo el criterio de abandonar la determinación de la pena en éste y otros delitos a través del sistema de saltos de cuantía, y se ha ido abriendo paso la técnica de cualificar el hurto no tanto por el valor económico puro del objeto muchas veces de difícil determinación y de grandes dificultades para ser captado por el dolo, por el más tangible de la naturaleza del objeto de lo sustraído y los efectos cognoscibles de dicha sustracción [Cfr. GONZALO QUINTERO OLIVARES: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2da Edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, España, 1999. p. 482]." (Sic).

82

§82. Delito de hurto de espectro electromagnético. Aspectos dogmáticos y probatorios

Casación	234-2017-LA LIBERTAD
Fecha	05 de mayo de 2017
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	San Martin Castro.
Jueces Supremos	San Martin Castro, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Arts. 185º y 186º, numeral 7,CP.

RESUMEN:

El artículo 185º del Código Penal, última oración, para efectos penales, equipara la noción «bien mueble», entre otros, al espectro electromagnético, el cual a su vez tiene valor económico y es susceptible de uso ilegal por el sujeto activo del delito de hurto con agravantes -se afecta, con esta conducta, la banda de navegación aeronáutica y servicios de telecomunicaciones autorizadas, con el consiguiente daño para la colectividad-.

FUNDAMENTOS:

PRIMERO. Que, como quedó expuesto, este Supremo Tribunal por Ejecutoria de fojas ciento cincuenta y tres -del cuadernillo respectivo-, de veintiocho de abril de dos mil diecisiete, admitió el recurso de casación por los motivos de inobservancia de precepto constitucional y vulneración de precepto penal material, previstos en el artículo 429º, apartados 1 y 3, del Código Procesal Penal. Corresponde analizar, en su consecuencia, los siguientes temas:

Primero. Los alcances del tipo legal de hurto y la circunstancia agravante vinculada al espectro radioeléctrico (artículos 185º y 186º, numeral

7, del Código Penal).

Segundo. La existencia o no de una prueba ilícita en relación a la vulneración del derecho a la libertad domiciliaria. Se cuestiona el cumplimiento de los requisitos para su restricción y la corrección de su ejecución.

Tercero. La correlación entre acusación y sentencia: identidad de hechos. Debe examinarse la denuncia casacional del imputado en relación al principio acusatorio, integrante de la garantía del debido proceso.

Cuarto. La presencia de un procedimiento administrativo sancionador y su relevancia respecto a la fecha de la decisión administrativa absolutoria y al contenido de información asumible por la jurisdicción penal.

SEGUNDO. Que, en cuanto al motivo de vulneración del precepto penal material, en relación con el artículo 186°, numeral 7 del Código Penal, en buena cuenta el imputado Rebaza López cuestiona la propia tipificación de esa circunstancia agravante y, a partir de esa consideración, hace mención a la exigencia de medición de la sustracción del espectro electromagnético y su valoración económica, que exigiría todo delito contra el patrimonio.

No existe ilegitimidad en el juicio de tipicidad realizado por el Tribunal Superior y en la propia configuración típica realizada por el Legislador. Es de acotar que el espectro electromagnético es un bien mueble incorporal debidamente definido por la Ley de Telecomunicaciones. Se entiende como "*aquel campo de energía natural formado por la ionósfera, a través del cual se desplazan y distribuyen las diversas ondas radioeléctricas lanzadas desde la tierra por estaciones emisoras para efectos de las telecomunicaciones a mediana y gran escala*" (Salinas Siacha, Ramiro: Delitos contra el patrimonio, Ediciones Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 85). El que ilegalmente cuenta con los equipos correspondientes y los utiliza para captar las ondas radioeléctricas al margen de la autorización administrativa, lo que está haciendo es usar el espectro electromagnético para la transmisión de telecomunicaciones clandestinas.

El artículo 185° del Código Penal, última oración, para efectos penales, equipara la noción «bien mueble», entre otros, al espectro electromagnético, el cual a su vez tiene valor económico y es susceptible de uso ilegal por el sujeto activo del delito de hurto con agravantes -se afecta, con esta conducta, la banda de navegación aeronáutica y servicios de telecomunicaciones autorizadas, con el consiguiente daño para la colectividad-.

Conforme al artículo 66° de la Constitución y su desarrollo por el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones aprobado por Decreto Supremo número 013-93-TCC, de seis de mayo de mil novecientos noventa y tres (artículos 57° y 58°), así como por la Ley número 28278, de dieciséis de julio de dos mil cuatro, el espacio radioeléctrico es un recurso natural que forma parte del patrimonio de la Nación y el Estado es soberano en su aprovechamiento. Por tanto, su utilización por un tercero no autorizado es delictiva -el elemento, ajenidad, es plenamente aplicable-. De otro lado, el agente «toma para si» -aprehende- las ondas radioeléctricas para hacer uso de ellas en telecomunicaciones ilegales, al margen del ordenamiento jurídico público -el espacio radioeléctrico es un recurso natural de titularidad estatal-, y esa actividad tiene un indudable contenido económico, por lo que es posible estimar que produce una disminución patrimonial al Estado; por la actividad de radiodifusión el Estado cobra el canon respectivo (véase, sobre este punto, el Decreto Supremo número 016-2010-MTC, de treinta de marzo de dos mil diez). En esta línea se entiende por sustracción toda conducta que lleva a cabo el sujeto activo en virtud de la cual arranca o aleja el bien mueble de la esfera de dominio de la víctima, y esto sucede cuando se trata del espacio radioeléctrico y se utilizan equipos para captar hondas sin la autorización del Estado.

Las propias características del espacio radioeléctrico, desde luego, toma muy difícil la valuación económica del perjuicio. Empero, éste puede concretarse en función a los actos de utilización ilegal y a otros factores, que corresponde fijar a la ley de la materia -en función al canon dejado de percibir-, que dicen de las especiales peculiaridades del espacio radioeléctrico.

Existe, pues, base jurídica y político criminal para el castigo penal. La tipicidad es precisa y tiene auxilio en la legislación de telecomunicaciones. El principio constitucional de legalidad, en cuanto a los requisitos de «ley escrita, ley previa, ley estricta o cierta» se ha respetado. El bien jurídico tutelado en esta modalidad de atentado patrimonial está definido y justificado constitucionalmente. Su desarrollo legal está, igualmente, consolidado desde las exigencias del derecho penal.

El motivo no puede prosperar.

TERCERO. Que, en lo referente a la vulneración de la libertad domiciliaria en relación a la diligencia de entrada y registro, que daría lugar a una prueba ilícita, se tiene que el Supervisor General de Control y Supervisión de Comunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones solicitó al juez penal de Sánchez Camón la medida de allanamiento e incautación, requerimiento

que tiene sustento en la Resolución Directoral número 821 -2013/MTC/29, de dieciséis de agosto de dos mil trece.

En la parte expositiva de la resolución cautelar de fojas diez, de veintiséis de noviembre de dos mil trece, se indicó que el inmueble concernido está ubicado en jirón Sánchez Camón número doscientos setenta y seis guion doscientos setenta y ocho -Huamachuco, Sánchez Camón- La Libertad, donde opera la Radiodifusión RTC TRV guion VHF RTC de propiedad del imputado Rebaza López. Empero, en la parte considerativa (duodécimo fundamento jurídico) se indica que la ubicación de la planta de esa emisora se encuentra en el jirón José Pardo sin número, Barrio Los Pajaritos -Cerro Santa Bárbara, y que según la indicada resolución directoral los dos locales ya mencionados forman una unidad.

Es verdad que en la parte resolutiva solo se hizo referencia al primer inmueble o local, pero es evidente que, si las actuaciones administrativas comprendían el conjunto de la actividad de telecomunicaciones, bajo el cargo de su presunta ilegalidad -y así se menciona en la parte considerativa del auto cautelar-, era obvio que el local donde quedaba la planta emisora también sería objeto de la referida medida cautelar. Esa omisión del juez -en la parte resolutiva- no significa que la medida cautelar no comprendiera toda esa actividad de radiodifusión. El conjunto de las actuaciones administrativas, previas a dicha resolución, alcanzaban al local ubicado en el jirón José Pardo.

En ese local es donde se encontraron los equipos incautados y se encontraba quien se desempeñaba como locutor, el señor Egoavil Sobrevilla, con quien se entendió la diligencia, conforme al acta de fojas dieciséis.

Cabe enfatizar, primero, que la medida de allanamiento e incautación tiene un sustento legal específico: los artículos 86º y 96º-98º, en concordancia con el artículo 77º, de la Ley de Radio y Televisión número 28278, de dieciséis de julio de dos mil cuatro; segundo, que el procedimiento especial que prevé el referido dispositivo legal se respetó cumplidamente -sobre el que ni siquiera existe cuestionamiento de parte-; y, tercero, que la resolución del juez está debidamente motivada -respetó el canon tanto de (i) proporcionalidad (presupuestos generales: legalidad o tipicidad procesal y jurisdiccionalidad, y requisitos generales: idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad), cuanto de (ii) intervención indiciaría-.

Por último, la omisión en la indicación expresa de la ubicación de la planta emisora -donde precisamente se hallaron los equipos finalmente incautados-, no constituye un vicio constitucional que origina la ilicitud del allanamiento y de la

propia incautación y, por ende, la inutilizabilidad de la fuente de prueba obtenida por ese medio (supuesto de prueba inconstitucional).

Fluye de la propia resolución que implícitamente la comprende y, por ende, no significa que se incurrió en una vulneración de la legalidad constitucional -el sentido del petitorio y el objeto de la autorización judicial cuestionada, en estricto derecho, comprendió el citado local, que por lo demás integraba una misma unidad de radiodifusión-. El auto judicial identificó a la persona, contra quien se seguían actuaciones administrativas sancionadoras, y proporcionó los detalles precisos del inmueble materia de la diligencia. Si bien la persona indicada como titular del predio no se encontraba, tal situación no es trascendente pues lo esencial es la identificación del domicilio -la razón es clara: "*no siempre es posible saber quién es el que dentro de un domicilio está cometiendo un delito o guarda elementos de prueba decisivos para el descubrimiento del autor del mismo*" (conforme: Sentencia del Tribunal Supremo de España, Sala Segunda -en adelante, STSE- de veinte de mayo de mil novecientos noventa y seis).

Incluso el error en el numero de la vivienda es intrascendente si la vivienda queda suficientemente individualizada (conforme: STSE de dieciocho de junio de dos mil diez). Si esto es así, en la medida en que se mencionaron los dos locales del negocio ilegal atribuido al imputado -así consta de la parte considerativa del auto judicial cuestionado-, y si bien arrojó resultados positivos el segundo local, cuya indicación no se señaló en la parte resolutiva pero sí en la parte considerativa, tal omisión tampoco es trascendente para apreciar infracción constitucional. El motivo debe desestimarse.

CUARTO. Que, en lo atinente a la infracción al principio de congruencia o correlación entre acusación y sentencia, se tiene lo siguiente:

1. La acusación escrita de fajas noventa y siete, en su Sección 11 "Relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado", puntualizó que los hechos consisten en que el veintiocho de noviembre de dos mil trece, en cumplimiento de la Resolución Directoral número ochocientos cincuenta y cinco guión dos mil trece guión MTC guión veintinueve, de diecisiete de mayo de dos mil trece, se ejecutó una medida cautelar en la calle José Pardo sin número, Barrio Los Pajaritos, Cerro Santa Bárbara — distrito de Huamachuco, donde se ubica la estación RTC TV. Es del caso que el señor Edgar Egoavil Sobrevilla. en calidad de responsable y locutor de la citada estación, facilitó el ingreso al inmueble y admitió que no se tenía autorización para su funcionamiento. En el momento de la intervención la estación se encontraba emitiendo señal en canal trece. Se incautaron

un excitador y amplificador. No se pudo incautar el transmisor porque fue escondido. Dicha estación de radiodifusión, según el informe número cuatro mil cuatrocientos sesenta y uno guión dos mil doce guión MTC guión veintinueve punto cero dos, de diecisiete de octubre de dos mil doce, es de propiedad del encausado Rebaza López.

2. Los términos de la acusación escrita fueron reiterados por el Fiscal, como no podía ser de otra manera (artículo 371, numeral 2 del Código Procesal Penal), en la exposición inicial de la acusación —en el alegato de apertura o preliminar— de fojas ochenta y uno, de veintiocho de setiembre de dos mil quince. El Fiscal insistió en la fecha del acto de intervención cautelar con presencia del Ministerio Público y que el imputado Rebaza López era el propietario de la estación de televisión cuestionada. Agregó que con las pruebas documentales referidas a las diligencias del procedimiento administrativo sancionador acreditaría los cargos. En esos mismos términos se concretó la acusación oral (artículo 387, numeral 1 del Código Procesal Penal).

3. La sentencia de primera instancia, sin embargo, extiende el hecho imputado a partir del año dos mil ocho. Sobre el particular, la sentencia de vista en su fundamento jurídico vigésimo acotó que si bien es verdad que la narración fiscal de los hechos se circunscribió a la intervención del veintiocho de noviembre de dos mil trece, también lo es que la acusación *"...narra igualmente que dicha actividad cautelar tiene su base en los informes y expedientes sancionatorios anteriores, los cuales se remiten no al año 2013, sino desde el año 2008 hasta la data de la intervención; en los cuales se señala expresamente como propietario al acusado"*. Tal razonamiento llevó a la Sala Superior a desestimar el agravio vinculado a la vulneración del principio acusatorio.

QUINTO. Que el principio acusatorio impide que se traspasen los límites de la pretensión procesal, que queda acotada, en la acusación escrita, por los hechos que en ella se comprenden, y por las personas a quienes se imputen. El fiscal, a su vez, en la requisitoria oral debe mantener la identidad esencial del hecho objeto de acusación escrita —los hechos básicos— (artículo 387 numeral 1 y 3, del Código Procesal Penal) —está prohibido, por tanto, las alteraciones esenciales, no meramente formales (conforme.: STSE de diez de mayo de 2007)—. Solo se podrá variar, en este extremo objetivo, las modalidades del suceso y sus circunstancias, las que no modifican esencialmente la imputación ni provocan indefensión, como indica el señalado apartado 3) del artículo 387 del citado Código.

En la sentencia impugnada se parte de estimar que el delito sub-judice es un delito permanente y que, por las actuaciones administrativas, se entiende que el hecho delictivo se inició en dos mil ocho. Sin embargo, extender el suceso histórico objeto de acusación a fechas anteriores, sin discriminar que el propio Fiscal diferenció entre hechos imputados y elementos de convicción —indicación de la prueba documental que sustentaría los cargos—, importó una alteración esencial de la identidad del hecho. No se trató de agregar (i) una circunstancia —que son datos fácticos que están alrededor del hecho principal y que importan una agravación o atenuación de la respuesta punitiva— o introducir (ii) algunos detalles fácticos que mejor expliquen o perfilen el mismo suceso histórico, en aras de una mayor claridad expositiva o una mejor comprensión de lo ocurrido (conforme: STSE número 351/2012, de siete de mayo de dos mil doce) —siempre, claro está, que estas circunstancias o datos fueron materia de debate, conforme a la prueba practicada en el juicio oral, y que las circunstancias "contra reo" sean asumidas por la fiscalía—.

Introducir, como parte del objeto procesal, otras fechas y señalar que la conducta realizada por el imputado Rebaza López tuvo lugar en momentos anteriores al tiempo de la medida cautelar —muchos años atrás—, bajo la justificación de que ésta integró un mismo suceso típico y ello consta de la prueba documental recabada en la etapa de investigación preparatorio es de recibo. Es verdad que es al Tribunal y no a las partes a quien corresponde valorar la prueba practicada, y en su consecuencia puede introducir en el relato otros elementos. El límite es que éstos sean de carácter accesorio respecto del hecho imputado, que incrementen la calidad de lo que se relata y permitan una mejor comprensión de lo que el Tribunal entiende que ha sucedido (conforme: STSE número 58/2015, de diez de febrero de dos mil quince). Es evidente que extender judicialmente el tiempo de comisión del delito y derivarlo años atrás, con el pretexto de su supuesta comisión permanente, no importa un elemento accesorio o meramente secundario al hecho principal, sino extender un suceso histórico, con todo lo ello significa, en relación a hechos, pruebas y alegación sobre ambos. Luego, los hechos objeto de acusación y los hechos materia de condena se alteraron en su esencia —lo que introdujo la sentencia no fueron elementos episódicos, periféricos o de mero detalle (conforme: STSE número 849/2013, de doce de noviembre de trece)—.

Este motivo debe ser estimado. Solo cabe un examen respecto de los hechos específicamente acusados.

SEXTO. Que, en lo concerniente a la relevancia de la decisión del Ministerio de Transportes y Comunicaciones en el procedimiento administrativo

sancionador que se siguió contra el imputado por los hechos que dieron lugar al auto cautelar de fojas diez, de veintiséis de noviembre de dos mil trece, es de rigor apuntar lo siguiente:

1. La autoridad administrativa, en mérito a los Informes número cuatro mil cuatrocientos sesenta y uno guión dos mil doce guión MTC oblicua veintinueve punto cero dos, de diecisiete de octubre de dos mil doce, de fojas tres; acta de inspección técnica número cero uno cuarenta ocho uno guión dos mil doce, de dieciocho de setiembre de dos mil doce, de fojas cinco; Informe número mil cuatrocientos veintisiete guión dos mil trece guión MTC oblicua veintinueve punto cero dos, de seis de mayo de dos mil trece; y, acta de inspección técnica número cero cero cuarenta y ocho guión dos mil trece de dieciséis de abril de dos mil trece, emitió la Resolución Directoral número cuatro mil doscientos cuarenta guión dos mil trece guión MTC, de veintisiete de diciembre de dos mil trece, de fojas treinta y cuatro, que inició procedimiento administrativo sancionados contra el imputado Rebaza López por la vulneración del artículo 77, numeral a), de la Ley de Radio y Televisión. Los cargos se ampliaron mediante Resolución Directoral número dos mil trescientos setenta y dos guión dos mil catorce guión MTC oblicua veintinueve, de quince de setiembre de dos mil catorce, de fojas treinta y uno. La primera se refirió a "prestación de frecuencia del servicio radiodifusión sonora sin autorización" y la segunda se circunscribió a "prestación de frecuenta del servicio de radiodifusión por televisión sin autorización".

2. En ese procedimiento el imputado, por escrito de descargo de fajas setenta y dos, de cuatro de febrero de dos mil catorce, siempre alegó no haber participado en ninguna actuación de la Administración y que no es propietario de la Estación intervenida.

3. La Resolución Directoral, firme, número tres mil cuatrocientos ochenta y cinco guión dos mil catorce guión MTC guión dos mil nueve, de veintitrés de diciembre de dos mil catorce, empero, absolvió al encausado Rebaza López —no se probó que era propietario de la estación intervenida— y sancionó, por el contrario, a Luis Alberto Pereda Carbajal, quien reconoció expresamente ser titular y propietario de la aludida estación. El oficio número mil quinientos dieciocho guión dos mil quince guión MTC guión veintinueve, de

ocho de abril de dos mil quince, de fojas noventa, dio cuenta que la indicada Resolución Directoral quedó firme.

SÉPTIMO. Que si bien el procedimiento administrativo sancionador se inició con anterioridad al proceso penal —este último se planteó a raíz de la acusación directa de fecha trece de octubre de dos mil catorce [fojas noventa y siete]—, la resolución administrativa final se emitió con posterioridad a la sentencia de primera instancia —la sentencia de vista se profirió luego que esa resolución administrativa quedara firme—.

La primacía de la jurisdicción penal sobre el procedimiento administrador es una premisa jurídica insoslayable (artículo III, primer párrafo, última oración, del Título Preliminar del Código Procesal Penal) y, por tanto, cuando paralelamente se siguen, por los mismos hechos, un procedimiento penal y un procedimiento administrativo, el último depende del primero en cuanto a la declaración de hechos probados —distinto será el caso, desde luego, si la jurisdicción penal se inicia con posterioridad a la conclusión del procedimiento administrativo sancionador, en cuya virtud para evitar la lesión al *"ne bis in ídem"* será de rigor determinar si existe entre ambos procedimientos "unidad de fundamento" o de bien jurídico tutelado—.

OCTAVO. Que el criterio-base para definir el juicio histórico es si el imputado Rebaza López tenía el control de la estación concernida al momento de la intervención administrativa, según los términos fijados en el quinto fundamento jurídico. La Administración estimó que no era propietario y, por tal razón, absolvió. La jurisdicción penal, en primera y segunda instancia, consideró lo contrario, aunque indebidamente extendió los hechos en que se ejecutó el delito. Cabe aclarar que la sentencia de vista no dio mérito al contrato de traspaso de canal de televisión RTC-TV-Canal trece que el imputado celebró con Luis Alberto Pereda Carbajal —de fecha veintidós de diciembre de dos mil once, de fojas cuarenta y uno— por no ser conforme con la legislación sobre la materia.

La propia Administración entendió que era posible estimar que el imputado Rebaza López era propietario de la estación intervenida —los argumentos de defensa siempre han sido los mismos en las dos esferas jurídicas—. Ésta tiene a su cargo todo el sistema jurídico referido a las autorizaciones y mecanismos de transferencia a tercero de las licencias otorgadas. De su parte, no calificó como inexistente ese contrato.

NOVENO. Que debe entenderse que el contrato es un medio de prueba documental y apunta a acreditar si el imputado, a la fecha de la intervención

administrativa, era o no propietario de la estación de televisión. No se puede analizar en sede penal como si fuera un acto jurídico cuya validez o eficacia debe ser decidida, sino como el reflejo de un hecho que puede tener influencia en los actos de sustracción o utilización ilegal del espectro electromagnético. Así las cosas, afirmar que no se tenía control de la estación intervenida y, por ende, que no se llevó a cabo los actos reputados delictivos, puede acreditarse con prueba documental, pericial o personal —según los casos—. Pereda Carbajal aceptó esa calidad en sede administrativa —fue sancionado y no impugnó la multa impuesta—; incluso respondió frente a las denuncias laborales de cuatro trabajadores de la Estación intervenida —así fluye de los escritos anexos al escrito de fajas doscientos cincuenta y dos, auto de fajas doscientos setenta y dos, y escritos anexos al escrito de fojas doscientos noventa y seis, todos admitidos por la autoridad jurisdiccional—. No existe prueba en contrario que niegue esa afirmación del imputado. No hay suficiencia probatoria, desde las exigencias de la garantía de presunción de inocencia, y, en todo caso, existe duda razonable acerca de que el imputado Rebaza López tenía el control de la estación intervenida y, como tal, utilizó ilegalmente —él o a través de otras personas a su servicio— el espectro electromagnético. El material probatorio que tuvo a la vista el órgano jurisdiccional no permitía una decisión distinta a la asumida por la Administración.

El motivo debe estimarse y así se declara. Procede, entonces, al no ser necesaria una nueva audiencia o debate para definir el resultado de la causa (artículo 433° numeral 1 del Código Procesal Penal), absolver al imputado de la acusación fiscal.

83

§83. Circunstancia agravante por nocturnidad

Recurso de Nulidad	3936-2013 – ICA
Fecha	31 de julio de 2014
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Salas Arenas.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Salas Arenas, Príncipe Trujillo.
Disposiciones estudiadas	Art. 186 del CP

RESUMEN:

Para verificar si la circunstancia agravante de nocturnidad se configura, debe utilizarse de lege data el criterio cronológico.

FUNDAMENTOS:

ANÁLISIS JURÍDICO FÁCTICO

2.1: Según la acusación fiscal (folios noventa y siete a ciento dos), los hechos fueron subsumidos en el delito de robo agravado por nocturnidad y pluralidad. En la sentencia recurrida figura que el sustento de la desvinculación fue la no acreditación de violencia en perjuicio de la agraviada, subsistiendo ambas agravantes, pero en el delito de hurto.

2.2: El encausado cuestionó la configuración de la agravante por nocturnidad al haber sucedido los hechos a las dieciocho horas, tiempo que estima está comprendido dentro del periodo estimado como parte de la tarde y no de la noche.

2.3: La denominación expresa del tipo "durante la noche" debe entenderse desde la perspectiva cronológica-astronómica, y no teleológico-funcional. Por ello,

la noche se define como aquel periodo durante el que una parte del globo terrestre deja de recibir luz solar, por ende, permanece en oscuridad.

2.4: Al haberse perpetrado el ilícito aproximadamente a las dieciocho horas, que se produjo al final del segundo periodo del día, es decir, la tarde; cuando el sol se oculta, pero aún permanece, por lo que debe considerarse que no se instaló la noche y al no haber oscuridad por ausencia total del sol, la agravante no se configuró. Por ello, el agravio esgrimido en este caso es razonable.

2.5: Sin embargo, tal consideración no incide en la dimensión de la pena cuestionada, debido a que la conducta del encausado está circunstanciada por haber estado acompañado de otras personas de sexo masculino, para así facilitar la finalidad de sustracción, al mermar o aminorar las defensas de la víctima. Criterio que, en todo caso, se suma a los factores tomados en cuenta por la Sala Superior Penal, en el acápite sexto de la recurrida, al momento de determinar la pena como la responsabilidad restringida y la carencia de antecedentes penales. Este Supremo Colegiado estima que la privación de su libertad efectiva servirá de oportunidad al encausado para ser sometido a tratamiento, estando vigente su derecho a someterse a los beneficios penitenciarios que le correspondiera con arreglo a ley.

2.6: Finalmente, cabe señalar que los integrantes de la Sala Superior Penal, al motivar la subsunción de los hechos al tipo penal (por desvinculación), debieron abordar cabalmente lo señalado en el acápite 2.4; por lo que, por única vez, se le insta a cumplir con la función jurisdiccional de garantizador de un proceso justo. En mérito a lo acotado, este Tribunal Supremo considera que la pena impuesta es proporcional y debe confirmarse.

B. ROBO

84

§84. El concepto de arma como componente de la circunstancia agravante "a mano armada" en el delito de robo

Acuerdo Plenario	5-2015/CIJ-116
Fecha	02 de octubre del 2015
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	Prado Saldarriaga y Salas Arenas.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Loli Bonilla.
Disposiciones estudiadas	Art. 189.3 CP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	9° al 18°

RESUMEN:

La utilización de un arma (ya sea propia, impropia o de juguete con las características de arma verdadera, replica u otro sucedáneo) genera, pues, el debilitamiento de las posibilidades de defensa, que es precisamente lo que busca el agente con el empleo de tal elemento vulnerante. Dicho de otra manera, con el empleo del arma, el sujeto activo se vale de un mecanismo, cierto o simulado, que lo coloca en ventaja al reducir al sujeto pasivo, y cuya aptitud la víctima no está en aptitud de determinar ni obligada a verificar –busca, pues, asegurar la ejecución del robo e impedir la defensa del agraviado, de los que es consciente, e importa un incremento del injusto y una mayor culpabilidad-. Allí radica, pues, lo alevoso como fundamento de esta agravante.

FUNDAMENTOS:

9º La circunstancia de agravación prevista en el inciso 3) del artículo 189º del Código Penal, se configura cuando la conducta descrita se lleva a cabo "a mano armada". Esto es, mediante la utilización de un arma. En este contexto, cabe determinar a qué intensidad y a qué clase de amenaza se refiere la fórmula del tipo base cuando señala que el agente debe "amenazar con un peligro inminente para su vida o integridad física" (se entiende del sujeto pasivo).

En el artículo 188º se alude a una amenaza inminente, de allí que no podrá configurar tal exigencia legal la amenaza de un mal de remota materialización. Tendrá, por tanto, que revestir las calidades de verosimilitud en la materialización y, además, proximidad. Se hallan afuera, por tanto, las advertencias de inferir males de menor connotación y las amenazas absurdas.

10º Según la perspectiva objetiva, la "amenaza inminente" ha de recaer sobre específicos bienes jurídicos personalísimos: vida o integridad corporal, desde luego puede tratarse de la vida o integridad de la propia víctima o de la vida o integridad de otra persona a quien la víctima proteja al someterse a la intimidación del sujeto activo *(vis compulsiva)* debe ser cierta (real, auténtica). Debido a ello, el mal anunciado a la víctima ha de ser grave, es decir, debe poner efectivamente en riesgo próximo la vida o la integridad física.

Si la descripción normativa "mano armada" se entendiera desde la perspectiva objetiva, ceñida al arma propia (arma auténtica y funcional), la amenaza con arma de utilería o un juguete bélico semejante no sería cierta y, por tanto, al no ser factible con ella la afectación de la vida o integridad física, tampoco habría inminencia. Así, la postura objetiva respecto del arma –que exige el aumento de peligro para los bienes jurídicos de la víctima, (vida o la integridad personal), como consecuencia del uso de la misma, y no simplemente en la mayor capacidad coactiva o intimidante del autor, como postula la jurisprudencia española en atención a su ordenamiento penal *(Conforme: STSE 1401/1999, de ocho de febrero de 2000)* – no resuelve dogmáticamente el problema y genera paradojas.

Fundamentos de la circunstancia agravante por empleo de arma

11º Como se ha anotado, desde la perspectiva objetiva el fundamento de la agravante reside en el peligro que para la vida, la integridad o la salud del

sujeto pasivo o de los terceros supone la utilización de armas (posibilidad de daño o peligro concreto), evaluado ex post, sin tener en cuenta la real complejidad e intensidad del ataque e ignorando los efectos psicológicos producto de la agresión, la especial posición intimidatoria del agente, el grado de indefensión a la libertad que efectivamente sufre la víctima y la facilidad para la comisión del ilícito y para asegurar su impunidad.

12º El significado del "arma" es amplio, pues basta para ello que cumpla la finalidad de potenciar la capacidad de ataque o defensa de quien la utiliza; a lo que se agrega el concepto de alevosía, que expresada en el empleo de armas, se funda en la ventaja derivada de los efectos del temor, situación con la que cuenta el asaltante para lograr su objetivo ilícito que como es claro tiene una expectativa fundamentalmente patrimonial. Cuando el agente ejecuta la sustracción amenazando con un elemento que en apariencia es un arma (sea o no de fuego), obra para asegurar el resultado planificado, intentando eludir los riesgos de una reacción defensiva de la persona atacada; se coloca en condición de superioridad ante la indefensión del sujeto pasivo. El agente se prepara y cuenta con los efectos del temor de distinta intensidad que generará según la víctima (elemento subjetivo de tendencia distinto al dolo); es claro que no habrá un trauma psíquico en todos los casos, pero el temor al daño se hallará presente siempre.

Este proceder constituye una expresión de la alevosía –más grave aún si se produce el ataque por la espalda–, en que el desvalor de la conducta se funda en: a) la tendencia interna intensificada del agente que, para facilitar el delito, procede a traición y sobre seguro (elemento subjetivo distinto del dolo presente en el sujeto activo), allí se revela la perversidad del autor y se pone en evidencia la naturaleza subjetiva de la alevosía; y, b) la mayor antijuridicidad, por los medios comisivos que el agente emplea, revelándose allí la mayor gravedad del injusto, esto es, la naturaleza objetiva de la alevosía, por el empleo de medios o formas para diluir o minimizar el riesgo para quien delinque.

En algunos casos se tratará de alevosía proditoria (el acechar a través de una actuación preparada para que la víctima no pueda percatarse del ataque hasta el momento del hecho) y en otros de alevosía sorpresiva (en que el agente no se oculta pero no trasluce sus afanes sino hasta el instante mismo de la agresión).

En uno y otro, el agente cuenta con los efectos psicológicos, fisiológicos y bioquímicos del temor en su víctima, que se presentarán como reacción natural frente al atentado amenazante.

13º El amenazado con un arma de fuego comúnmente no puede apreciar a priori –salvo se trate de persona especializada y según la circunstancias- su autenticidad, si se encuentra, o no, cargada, no es posible entonces negar la idoneidad de esta arma para la consecución de los objetivos del agente. La utilización de un arma (ya sea propia, impropia o de juguete con las características de arma verdadera, replica u otro sucedáneo) genera, pues, el debilitamiento de las posibilidades de defensa, que es precisamente lo que busca el agente con el empleo de tal elemento vulnerante. Dicho de otra manera, con el empleo del arma, el sujeto activo se vale de un mecanismo, cierto o simulado, que lo coloca en ventaja al reducir al sujeto pasivo, y cuya aptitud la víctima no está en aptitud de determinar ni obligada a verificar –busca, pues, asegurar la ejecución del robo e impedir la defensa del agraviado, de los que es consciente, e importa un incremento del injusto y una mayor culpabilidad-. Allí radica, pues, lo alevoso como fundamento de esta agravante.

14º En la Directiva de Órgano DG-PNP N.° 04-20-2009-DIRLOG/ PNP-B, de 20 de octubre de 2009, se regula el control, la adquisición, tenencia, uso, seguridad, conservación, afectación, altas, bajas, transporte y destino final del armamento, municiones y equipo policial del Estado, así como de armas de fuego particulares de propiedad del personal PNP en situación de actividad, disponibilidad y retiro; en el apartado "Q" denominado CARTILLA PARA NORMAS EL EMPLEO DE ARMAS DE FUEGO; se describe un modo de actuar que revela diáfanamente la función disuasoria o intimidante del empleo de un arma de fuego de la que legítimamente se valen los efectivos policiales en el restablecimiento del orden, utilidad que también aprovechan quienes pretenden cometer o cometen ilícitos, desplegando especial alevosía15 y con la ventaja consiguiente para lograr su objetivo ilícito de orden patrimonial.

En el ordenamiento penal peruano no existía una previsión general de tal naturaleza y se hallaba la alevosía única y directamente vinculada al homicidio calificado (artículo 108.3 del CP).

Hoy, el artículo 46.2.f, del Código Penal peruano, señala como una circunstancia genérica de agravación, el "*ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la*

víctima o aprovechando circunstancias de tiempo, modo o lugar, que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe"; por lo que el legislador ha extendido la alevosía a otros supuestos delictivos en cuanto fueran compatibles y no será razonable duplicar la valoración en los supuestos de robo y otros delitos violentos, ejecutados "a mano armada", por tratarse de circunstancias específicamente previstas en los tipos penales correspondientes.

Cabe resaltar que en la Ley N° 30299, Ley de armas de fuego, municiones, explosivos, productos pirotécnicos y materiales relacionados de uso civil, se ha considerado que las pistolas neumáticas o símiles de armas de fuego, deben ser objeto de diferenciación para no ser confundidas con las reales, por lo que en el artículo 12 se establece que "las armas neumáticas o similares a las armas de fuego, deben presentar un signo distintivo como punta roja o naranja para su importación, comercialización y uso, que permita su fácil visualización hacia terceros, de modo que pueda distinguirse claramente de un arma de fuego real" y "no se permite la comercialización, porte y uso de las citadas armas que no presenten la característica mencionada".

15° En consecuencia, el legislador nacional ha declarado que en algunos casos hay dificultad para diferenciar un arma de fuego real de una aparente y debido a ello ha establecido la obligación de hacerlas distinguibles como requisito para su comercio, porte y uso, lo que abona que, bajo el principio de la realidad, es indiferente para la víctima en un acto de robo, que el elemento con el que la amenazan sea un arma funcional o fuera simulada, puesto que esencialmente el grado de semejanza es tal que difícilmente un experto podría reconocer a priori si se está empleando una verdadera y apta o una falsa (tanto más si el atacante obra por la espalda o en la oscuridad).

16° A mayor abundamiento, en el artículo 189°.C del Código Penal, relativo al robo de ganado, se agrava la responsabilidad, entre otros supuestos, cuando el agente "hubiere portado cualquier clase de arma o de instrumento que pudiere servir como tal", con lo que el legislador asumió el sentido amplio de "arma" y consideró la alevosía contra la víctima en el proceder del agente que sustrae ganado, valiéndose de tales elementos.

Resultaría paradójico que se pudiera entender como "arma" en general o, "arma de fuego" en particular, únicamente al arma auténtica y funcional para el supuesto de asalto a las personas para despojar a las víctimas de

cualquier bien que no sea ganado; pero cuando se configurare un supuesto de abigeato, se tuviera que entender que cualquier instrumento que pudiere servir como arma (útil para configurar la alevosía del agente) deberá ser considerado como tal y calificar la conducta como delito agravado. Se generaría así un doble estándar de aplicación de la propia ley en materia de robo, diferenciada sin motivo atendible por la naturaleza del bien material sustraído. Se generaría por interpretación una protección especial al patrimonio ganadero, diferente a la que corresponde a la persona (de cualquier edad o condición) que no lo es.

17º Esa especial facilidad para la perpetración y aseguramiento de impunidad con que se broquela quien utiliza el arma aun cuando esta no sea apta para disparar por deterioro falsedad, sea simulada o de juguete; genera un ámbito de diferencia con el delito de robo simple, en el cual el sujeto pasivo puede ejercer efectivamente resistencia ante un riesgo que no tiene la misma magnitud de la amenaza, que cuando se porta un arma. Por tanto, el sentido interpretativo del término "a mano armada" como agravante del delito de robo del artículo 189.3° del Código Penal, en relación a las armas en general y las armas de fuego en particular, abarca a las de fuego inoperativas, aparentes, las armas de utilería, los juguetes con forma de arma, las réplicas de arma o cualquier elemento que por su similitud con un arma o una de fuego verdadera o funcional, al no ser sencillamente distinguible de las auténticas, produzca los mismos efectos disuasivos de autodefensa activa en la víctima, ante la alevosía con que obra el agente delictivo.

Respecto al delito de tenencia ilícita de armas de fuego

18º Es de resaltar que las valoraciones sobre autenticidad y funcionabilidad de armas de fuego son atendibles y exigibles en el específico caso de los delitos de tenencia ilícita de armas de fuego (artículo 279° del Código Penal).

85

§85. El robo con muerte subsecuente y el delito de asesinato. Las lesiones como agravantes en el delito de robo

Acuerdo Plenario	3-2009/CJ-116
Fecha	13 de noviembre del 2009
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	Lecaros Cornejo.
Jueces Supremos	Gonzáles Campos, San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga.
Disposiciones estudiadas	Arts. 122°, 188°, 189° y 441° del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	6° al 13°

RESUMEN:

La acción típica del delito de robo con muerte subsecuente se realiza ***cuando el agente*** *-como consecuencia de los actos propios del uso de la violencia para facilitar el apoderamiento o para vencer la resistencia de quien se opone al apoderamiento-* ***le ocasiona o le produce la muerte al sujeto pasivo; resultado obtenido culposamente, pero que pudo ser previsto y evitado por el autor del delito****.*

Se diferencia del asesinato para facilitar otro delito en que en éste el homicidio es el delito-medio cometido por el agente con el propósito de hacer posible la ejecución del delito-fin, siempre doloso; y del asesinato para ocultar otro delito, en que en esta situación el delito previamente cometido o el que está ejecutándose -el delito a ocultar puede ser doloso o culposo- es la causa del comportamiento homicida del agente. Por lo tanto, los elementos subjetivos son diferentes.

Por otro lado, ***la agravante de las lesiones en el delito de robo hace necesario el análisis en cada caso concreto****, en tanto es desde las características y la entidad de las lesiones producidas a la víctima, que se determinará cuándo se está*

ante un delito de robo simple (artículo 188° CP), cuándo se ha cometido el subtipo agravado del inciso uno de la segunda parte del artículo 189° CP y, finalmente, cuándo es del caso sancionar por el subtipo especialmente agravado del párrafo final del artículo 189° CP. En este sentido, debe entenderse que el supuesto agravado del inciso 1) de la segunda parte del artículo 189° CP no comprende toda clases de lesiones; sino que, si las lesiones causadas no son superiores a 10 días de asistencia o descanso el hecho ha de ser calificado como robo simple o básico, mientras que Si, en cambio, las lesiones causadas son superiores a 10 días y menores de 30 días, su producción en el robo configura el agravante del inciso 1) de la segunda parte del artículo 189° CP.

FUNDAMENTOS:

"**Planteamiento del primer problema:**

6°. El ordenamiento penal vigente contiene dos tipos legales que aluden a la muerte de una persona en conexión con la comisión de otro delito. Se trata de los artículos 108° CP sobre el delito de asesinato y 189° CP sobre delito de robo con agravantes. En efecto en estas disposiciones se regula lo siguiente:

> **Artículo 108° CP:** *"Será reprimido [...] el que mate a otro concurriendo cualquiera de las siguientes circunstancias:*
>
> ***2.** Para facilitar u ocultar otro delito".*
>
> **Artículo 189° (último párrafo) CP:** *"La pena será [...], cuando [...] como consecuencia del hecho, se produce la muerte de la víctima...".*

Estas normas han originado divergentes interpretaciones judiciales que se han concretado en resoluciones que califican indistintamente los hechos como homicidio calificado o robo con muerte subsecuente, pero que no llegan a fijar de forma clara cuando se incurre en uno u otro caso.

Análisis del primer caso:

7°. El artículo 189° *in fine* CP prevé una circunstancia agravante de tercer grado para la figura delictiva del robo. Ésta se configura cuando el agente como consecuencia de los actos propios del uso de la violencia para facilitar el apoderamiento o para vencer la resistencia de quien se opone al apoderamiento, le ocasiona o le produce la muerte. Es obvio, en este caso, que el agente buscaba el desapoderamiento patrimonial de la víctima, pero como consecuencia del ejercicio de violencia contra ella –de los actos

propios de violencia o *vis in corpore*- le causa la muerte, resultado que no quiso causar dolosamente pero que pudo prever y evitar. Se trata, pues, de un típico supuesto de homicidio preterintencional donde el resultado sólo se le puede atribuir al agente a título de culpa –la responsabilidad objetiva por el simple resultado es inadmisible, está prohibida por el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal-. El citado dispositivo regula, entonces, un caso de tipificación simultánea, dolosa y culposa, pero de una misma conducta expresamente descrita. Como se advierte en la doctrina especializada la preterintención es una figura compuesta en la que el resultado sobrepasa el dolo del sujeto. Así, el agente roba valiéndose del ejercicio de violencia física contra la víctima, esto es, infiere lesiones a una persona, quien fallece a consecuencia de la agresión, siempre que el agente hubiere podido prever este resultado (la muerte, en este caso, no fue fortuita) –es una situación de preterintencionalidad heterogénea- [FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2006, páginas 409/410]. Como se puede inferir del ejemplo planteado, la conducta típica se articula sobre la base de dos elementos: el apoderamiento del bien mueble y la utilización de violencia en la persona, la cual en el presente caso produce la muerte de esta última.

8°. Distinto es el caso del asesinato para facilitar u ocultar otro delito. Aquí el autor mata con el fin de conseguir un propósito ulterior. En el primer supuesto –para facilitar otro delito-, el asesinato implica una relación de medio-fin, en que el homicidio es el delito-medio cometido por el agente con el propósito de hacer posible la ejecución del delito-fin, siempre doloso; situación muy frecuente, por lo demás, en los delitos contra el patrimonio. Ahora bien, en el segundo supuesto –para ocultar otro delito-, el delito previamente cometido o el que está ejecutándose -el delito a ocultar puede ser doloso o culposo- es la causa del comportamiento homicida del agente. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el agente es sorprendido en el acto del robo y para evitar su captura, dispara contra su perseguidor o contra quien trata de impedir su fuga, que conduciría al descubrimiento o esclarecimiento de su delito [JOSÉ HURTADO POZO: *Manual de Derecho Penal Parte Especial I Homicidio*, 2da. Edición, Ediciones Juris, Lima, 1995, páginas 59/69]. En ambos supuestos, pues, el elemento subjetivo del tipo legal es determinante. En tal sentido, la referencia legal al mundo interno del agente, a la finalidad que persigue, es de tal relevancia que será suficiente para la consumación de la conducta típica que se compruebe la presencia de este factor. Por consiguiente, el agente,

en la circunstancia o en el contexto situacional en que interviene ha de valorar la perpetración del homicidio como vía para garantizar su objetivo ligado siempre a otro delito [JOSÉ LUIS CASTILLO ALVA: *Derecho Penal Parte Especial I*, Editorial Grijley, Lima, 2008, páginas 410/411].

Planteamiento del segundo problema:

9°. El artículo 189°, último párrafo, CP establece una circunstancia agravante de tercer grado: si se producen lesiones graves como consecuencia del robo, la pena será de cadena perpetua. La referida norma en el inciso uno de su segunda parte determina que si se comete el robo y se causa lesiones a la integridad física o mental de la víctima la pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años. En esa misma línea, el artículo 188° CP –modificado por la Ley número 27472, del 5 de junio de 2001-, que tipifica el delito de robo, exige para su comisión que el agente emplee violencia contra la persona, en cuyo caso se sancionará al agente con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años.

En consecuencia, es del caso determinar, desde las características y entidad de las lesiones producidas a la víctima, cuándo se está ante un delito de robo simple (artículo 188° CP), cuándo se ha cometido el subtipo agravado del inciso uno de la segunda parte del artículo 189° CP y, finalmente, cuándo es del caso sancionar por el subtipo especialmente agravado del párrafo final del artículo 189° CP.

Análisis del segundo caso:

10°. El delito de robo previsto y sancionado en el artículo 188° CP tiene como nota esencial, que lo diferencia del delito de hurto, el empleo por el agente de violencias o amenazas contra la persona –no necesariamente sobre el titular del bien mueble-. La conducta típica, por tanto, integra el apoderamiento de un bien mueble total o parcialmente ajeno con la utilización de violencia física o intimidación sobre un tercero. Esto es, la violencia o amenazas –como medio para la realización típica del robo - han de estar encaminadas a facilitar el apoderamiento o a vencer la resistencia de quien se opone al apoderamiento.

En consecuencia la violencia es causa determinante del desapoderamiento y está siempre orientada a neutralizar o impedir toda capacidad de actuación anterior o de reacción concomitante de la víctima que pueda

obstaculizar la consumación del robo. Ahora bien, cualquier género e intensidad de violencia física "*vis in corpore*" –energía física idónea para vencer la resistencia de la víctima- es penalmente relevante. Además, ella puede ejercerse antes o en el desarrollo de la sustracción del bien mueble, pudiéndose distinguir entre la violencia que es utilizada para conseguir la fuga y evitar la detención –que no modifica la naturaleza del delito de apoderamiento consumado con anterioridad-; y la violencia que se emplea para conseguir el apoderamiento y la disponibilidad, la que convierte típicamente un aparente delito de hurto en robo. Cabe precisar que en el primer de los casos mencionados, no hay conexión instrumental de medio a fin entre la violencia y la sustracción, pues ésta ya se había producido. No obstante, el medio violento se aplica antes de que cese la acción contra el patrimonio y el aseguramiento del bien en la esfera de dominio del agente vía el apoderamiento.

11°. Es potencial al ejercicio de violencia física en la realización del robo que el afectado resulte con lesiones de diversa magnitud. Ahora bien, la producción de lesiones determina en nuestra legislación vigente la configuración de circunstancias agravantes específicas y que están reguladas en el inciso 1) de la segunda parte del artículo 189° CP y en el párrafo final del mencionado artículo. En este último supuesto se menciona, taxativamente, que el agente ha de causar lesiones graves, mientras que en el primer supuesto sólo se indica que el agente ha de causar lesiones a la integridad física o mental de la víctima. Cabe, por tanto, dilucidar las características y tipo de lesión que corresponde a cada caso.

Al respecto es de precisar que son lesiones graves las enumeradas en el artículo 121° CP. Según esta norma se califican como tales a *las lesiones que ponen en peligro inminente la vida de la víctima, les mutilan un miembro u órgano principal del cuerpo o lo hacen impropio para su función, causan incapacidad para el trabajo, invalidez o anomalía psíquica permanente o la desfiguran de manera grave y permanente, o infieren cualquier otro daño a la integridad corporal, o a la salud física o mental de una persona, que requiera treinta o más días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa.* Por consiguiente, la producción en la realización del robo de esta clase de lesiones determinará la aplicación del agravante del párrafo *in fine del* artículo 189° CP.

12°. En relación a las lesiones aludidas en el inciso 1° del segundo párrafo del artículo 189° cabe definir si ellas se corresponden con las referidas en los

artículos 441° (lesiones falta) o 122° (lesiones dolosas leves) CP. Es de mencionar que en estas dos disposiciones, la diferencia en la intensidad del daño a la salud de sujeto pasivo se establece en base a indicadores cuantitativos relacionados con la incapacidad generada por la lesión o con el tiempo de asistencia facultativa que demanda. Así, **(i)** si éstas requieren hasta 10 días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, siempre que no concurran medios que den gravedad al hecho, se estará ante una falta de lesiones; **(ii)** si las lesiones requieren más de diez y menos de treinta días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, se estará ante un delito de lesiones leves. Esta distinción sistemática debe servir para establecer cuando, con motivo de la comisión del acto de desapoderamiento, el ejercicio de violencia física con la producción subsecuente de lesiones configure el agravante que se examina. En tal sentido, es pertinente destacar que como el delito de robo, según se tiene expuesto, requiere para su tipificación el ejercicio de violencia física sobre la persona, los daños personales que ésta pueda ocasionar forman parte necesariamente de esa figura delictiva. Entender, por tanto, que el supuesto agravado del inciso 1) de la segunda parte del artículo 189° CP comprende toda clase de lesiones, con excepción de las graves por estar referida taxativamente al último párrafo del citado artículo 189° CP, no resulta coherente con el tipo básico, ya que lo vaciaría de contenido.

En consecuencia, si las lesiones causadas no son superiores a 10 días de asistencia o descanso el hecho ha de ser calificado como robo simple o básico, siempre que no concurran medios que den gravedad a las lesiones ocasionadas. Si, en cambio, las lesiones causadas son superiores a 10 días y menores de 30 días, su producción en el robo configura el agravante del inciso 1) de la segunda parte del artículo 189° CP.

13°. Es necesario señalar que el artículo 441° CP contiene un requisito de validación respecto a la condición de faltas de las lesiones causadas, y que es distinto del registro meramente cuantitativo-hasta 10 días de asistencia o descanso-. Efectivamente él esta referido a que "...*no concurran circunstancias o medios que den gravedad al hecho, en cuyo caso será considerado como delito*". Con relación a ello cabe aclarar, que en el delito de robo no es de recibo aceptar como supuesto de exclusión las "circunstancias que dan gravedad al hecho" respecto de la entidad de las lesiones ocasionadas a la víctima. Es obvio que una *vis in corpore* en un contexto de desapoderamiento patrimonial constituye una circunstancia

que da gravedad al hecho, pero para definir su eficacia agravante en el robo lo relevante será, siempre, con exclusión de las circunstancias de su empleo, el nivel de afectación a la integridad corporal de la víctima que ella produjo.

Distinto es el caso de los medios utilizados. Éstos inciden en la propia entidad de la lesión que se ocasione a la víctima, y revelan un mayor contenido de injusto específico, que es del caso resaltar desde su calificación jurídico penal. No se trata de amedrentar a la víctima sino de atacarla y afectar su integridad más allá del desapoderamiento patrimonial perseguido. Es más, la propia ley da autonomía agravante, por ejemplo, al hecho de robar "*a mano armada*"." (Sic.)

86

§86. Diferencias entre las agravantes que en el delito de robo aluden a la pluralidad de agentes y a la actuación delictiva como integrante de una organización criminal.

Acuerdo Plenario	8-2007/CJ-116
Fecha	16 de noviembre de 2007
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	Prado Saldarriaga.
Jueces Supremos	Salas Gamboa, Sivina Hurtado, San Martín Castro, Villa Stein, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Lecaros Cornejo, Valdez Roca, Molina Ordóñez, Príncipe Trujillo, Santos Peña, Calderón Castillo, Rojas Maraví y Urbina Ganvini.
Disposiciones estudiadas	Arts. 189° y 317° del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	6° al 9°

RESUMEN:

La pluralidad de agentes a la que hace referencia en el inciso 4) del primer párrafo del art. 189° del CP alude a un concierto criminal en el que el proceder delictivo conjunto es ***circunstancial y no permanente****. Quiere decir que dicho inciso regula un* ***supuesto básico de coautoría o coparticipación****, que se caracteriza por que los agentes no están vinculados con una estructura organizacional y con un proyecto delictivo de ejecución continua.* ***Distinta naturaleza se presenta en la agravante que contempla el último párrafo del citado artículo****, en tanto hace referencia a un* ***proceder singular o plural de quien es integrante de una organización criminal****.*

FUNDAMENTOS:

"**6°.** La diferenciación sistemática que realiza el artículo 189° del Código Penal, respecto a la intervención de una pluralidad de agentes en la comisión de un robo, permite sostener que se trata de dos circunstancias agravantes distintas. Por un lado, la pluralidad de agentes prevista en el inciso 4) del primer párrafo alude a un concierto criminal en el que el proceder delictivo conjunto es circunstancial y no permanente. Se trata, pues, de un supuesto básico de coautoría o coparticipación, en el que los agentes no están vinculados con una estructura organizacional y con un proyecto delictivo de ejecución continua. Por otro lado, la agravante que contempla el párrafo in fine del citado artículo alude a un proceder singular o plural de integrantes de una organización criminal sea esta de estructura jerárquica - vertical o flexible - horizontal.

7°. En consecuencia, no son circunstancias compatibles. En la organización criminal la pluralidad de agentes es un componente básico de su existencia, mas no de su actuación. Es decir, esta clase de agravante exige mínimamente que el agente individual o colectivo del robo sea siempre parte de una estructura criminal y actúa en ejecución de los designios de esta. Siendo ello así, la circunstancia agravante del inciso 4) del primer párrafo del artículo 189° del Código Sustantivo se aplicara, únicamente cuando no exista esa conexión con los agentes -en número mínimo de dos- con una organización criminal.

8°. De otro lado, la imputación paralela de cargos por integración en una organización criminal en estos casos no es procedente y, de plantearse, se le debe desestimar porque el artículo 317° del Código Penal opera como un tipo subsidiario a la comisión de uno o más robos por integrantes de dicha estructura delictiva. No se presenta en estos casos un concurso ideal o real de delitos. Obrar en sentido contrario implicaría una doble valoración del mismo factor agravante.

9°. En el contexto analizado es pertinente considerar también la participación de un mismo sujeto en varias organizaciones criminales. Esta hipótesis es posible en el caso de estructuras flexibles, como las denominadas «grupo central>> o la < red criminal>>. En tales casos, se producirá un concurso real homogéneo en relación al artículo 317° del Código Penal, debiéndose aplicar los efectos penales correspondientes a dicha clase de concurso de delitos."

87

§87. Robo agravado: Es posible acreditar la preexistencia del bien sustraído sin presentar boleta o factura

Recurso de Nulidad	114-2014- LORETO
Fecha	22 de septiembre de 2015
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Barrios Alvarado.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Loli Bonilla.
Disposiciones estudiadas	Arts 188 y 189 del CP.

RESUMEN:

Aun cuando no exista boleta, factura y/o comprobante de pago que corrobore la cuantía del mismo, es válido el juicio que tiene por acreditada la preexistencia del bien sustraído, que se asiente en prueba personal.

FUNDAMENTOS:

CUARTO: Que tal como lo hemos señalado, existen otras pruebas que corroboran la participación de los procesados en el evento delictivo, como son:

i) La declaración oportuna, detallada, circunscrita y coherente, de la agraviada Karen Mirella Zevallos Tarazona, quien en sede preliminar y ratificada en sede plenaria formula cargos directos contra los procesados Miguel Óscar Tamani Amasifuén y Marlen Jesús Pipa Sandy —véase folios nueve y doscientos noventa, respectivamente—, y el /acta de reconocimiento de persona —obrante a folios veintiséis, llevada a cabo en presencia del representante del Ministerio Público—, quien en lo esencial señaló que fue asaltada por tres sujetos, sindicando al menor Shanker Vijhay Laiche Vílchez como la persona que le arrebató su

celular y amenazó con un cuchillo, mientras que los procesados Miguel Óscar Tamani Amasifuén y Marlen Jesús Pipa Sandy esperaban al menor a bordo de una motocar en el que se dieron a la fuga;

ii) Esa misma versión la corrobora la testigo Elva Karina Isem Flores, en sede preliminar de fojas once, quien sostiene que llegaron tres personas en una motocar; luego uno de los ocupantes se bajó, se les acercó y metió una cachetada a su amiga, logrando arrebatarle su celular para luego amenazarlas con un cuchillo;

iii) El atestado policial Nº 85-10-V-DITERPOL/RPL-CPNP-PUNCHANA, obrante a folios dos, que da cuenta de la ocurrencia número mil veintitrés, efectuada por el efectivo policial Jack Soria Panduro, en la que se consignó la intervención policial de los procesados Tamani Amasifuén y Pipa Sandy. Indica el efectivo policial interviniente que cuando se encontraba de apoyo en la unidad móvil de Serenazgo, a mérito de una llamada telefónica, le comunicaron que se había producido un asalto, por lo que procedió a la búsqueda de los malhechores y con ayuda de los pobladores de la zona lograron la captura de los antes mencionados, conjuntamente con un menor de edad. Agregó, además, que una vez en la comisaría la agraviada reconoció a las personas intervenidas;

¡v) El certificado médico legal número cero tres seis siete tres guion L, obrante a folios treinta y cinco y ratificado en el plenario a folios doscientos ochenta y cuatro, mediante los cuales se acreditan las lesiones sufridas por la agraviada Karen Mirella Zevallos Tarazona, a consecuencia del robo. Pruebas que conjuntamente valoradas confirman la versión de la agraviada y la sindicación que efectúa contra los procesados Miguel Óscar Tamani Amasifuén y Marlen Jesús Pipa Sandy.

QUINTO: Que en cuanto al agravio expresado por los recurrentes, respecto a la no acreditación de la preexistencia de los bienes sustraídos por medio documental, ha de tenerse en cuenta el criterio establecido por el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente número 0198-2005-HC/TC, del dieciocho de febrero de dos mil cinco, donde expresó que: "Respecto al alegato del recurrente de que no se habría demostrado la preexistencia del bien materia del delito, este Colegiado considera que aun cuando el derecho a la prueba constituye un elemento del debido proceso, y la presunción de inocencia obliga al órgano jurisdiccional a una actividad probatoria suficiente que desvirtúe el estado de inocencia del que goza el imputado; en nuestro ordenamiento la prueba se rige por el sistema de valoración razonable y proporcional —sana crítica—. En virtud de ello, el juzgador dispone de un sistema de evaluación de los medios probatorios,

sin que estos tengan asignado un valor predeterminado"; de modo que, aun cuando no exista boleta, factura y/o comprobante de pago que corrobore la cuantía del mismo, es válido el juicio que tiene por acreditada la preexistencia del bien sustraído, que se asiente en prueba personal, de tal forma de que en el presente caso cumplen dicha finalidad probatoria la declaración testimonial del menor de edad Shanker Vijhay Laiche Vílchez, quien ha aceptado haber robado el celular a la agraviada; las declaraciones de la agraviada, quien en todo momento, a nivel policial y judicial ha señalado haber sido objeto del robo de su celular, la declaración de la testigo Elva Karina Isern Flores, quien señaló haber observado cómo le arrebataban el celular a la agraviada, así como el acta de registro personal efectuada al menor Laiche Vílchez en el que se consigna que se le encontró en su poder el celular de la agraviada.

SEXTO: Finalmente, es preciso señalar que de la revisión de los autos se advierte que los procesados Miguel Óscar Tamani Amasifuén y Marlen Jesús Pipa Sandy, si bien fueron acusados en calidad de autores del delito de robo agravado, en grado de tentativa, también lo es que el señor Fiscal afirmó que la intervención delictiva de los encausados Tamani Amasifuén y Pipa Sandy (sostenida en su presentación de cargos inicial del plenario de fojas ciento ochenta y ocho, del ocho de julio del dos mil trece) fue en calidad de cómplices, por lo que integró su acusación, la misma que se mantuvo en la acusación oral de fojas doscientos noventa y siete, del diez de octubre de dos mil trece; y si bien la Sala los condenó como autores, no obstante ello de modo alguno puede importar la anulación de la causa, pues se trata, evidentemente, de un error material; por lo que analizando el caso de autos a la luz de los agravios expuestos por los procesados Tamani Amasifuén y Pipa Sandy, se tiene que nuestro ordenamiento penal distingue entre autores y partícipes, definiendo al primero como aquel que realiza el hecho y del que se puede afirmar que es suyo, mientras que la complicidad puede ser primaria —conocida comúnmente como necesaria—, puesto que su contribución resulta ser determinante para la ejecución del delito; caso contrario en lo que sucede con la complicidad secundaria, en tanto la colaboración del partícipe no es necesaria y aun cuando el autor prescinda de su participación, la comisión del delito no se verá afectada. En este contexto, se aprecia que los encausados no tuvieron el dominio del hecho, pero su participación fue determinante para la resolución criminal, de ahí su calidad de cómplices primarios, pues movilizaron al ejecutor material, acompañaron además a quien sustrajo el celular, huyendo conjuntamente con él. Que dicha variación de su calidad de autores a cómplices primarios no crea indefensión material en los imputados, pues los cargos fueron

claramente expuestos, y sobre ellos se defendieron. No correspondiéndoles una pena menor a la expedida por el Tribunal Superior, en tanto la sanción impuesta resulta ser extremadamente benigna; sin embargo, esta no puede ser incrementada al no haber impugnado el representante del Ministerio Público, en concordancia con el principio de interdicción a la "reformatio in peius".

88

§88. Criterios para diferenciar robo con muerte subsecuente o concurrente y asesinato por conexión

Recurso de nulidad	3932-2004-AMAZONAS
Fecha	17 de febrero de 2005
Procedencia	Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República
Jueces Supremos	Villa Stein, Valdez Roca, Ponce De Mier, Quintanilla Quispe y Prado Saldarriaga.
Disposiciones estudiadas	Arts. 188° y 189° del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	5° considerando

RESUMEN:

*En el delito de robo, **cuando la violencia es ejercida con posterioridad a la consumación y tenga como consecuencia la muerte de la víctima, la conducta del agresor quedará circunscrita a un resultado preterintencional o a un delito contra la vida, el cuerpo y la salud –homicidio doloso-, produciéndose** de esa forma un **concurso real** de delitos. No obstante, si la muerte la ocasionó el agente con la finalidad de obtener la consumación del robo o para ocultar su realización o impedir su detención, el hecho delictivo constituirá delito de asesinato.*

FUNDAMENTOS:

"***QUINTO:*** Que para evaluar el caso sub judice, esta Suprema Sala considera necesario hacer precisiones en relación a dos circunstancias: ***a)*** **La determinación del momento en que se consuma el delito de robo agravado y, *b)* Violencia ejercida con posterioridad a la consumación del mencionado delito.**

Que respecto de la ***primera*** es de precisar: Que el delito de robo consiste en el apoderamiento de un bien mueble, con ánimus lucrandi, es decir el aprovechamiento y sustracción del lugar donde se encuentre, siendo necesario el empleo de la violencia o amenaza por parte del agente sobre la víctima ***(vis absoluta o vis corporales y vis compulsiva)***, destinadas a posibilitar la sustracción del bien, debiendo ser éstas actuales e inminentes en el momento de la consumación del evento y gravitar en el resultado, consumándose el delito con el apoderamiento del objeto mueble aunque sea por breve lapso de tiempo.

Que en cuanto a la ***segunda*** cabe señalar: Que cuando la violencia es ejercida con posterioridad a la consumación del hecho punible y se cause la muerte de la víctima, la conducta del agresor habría quedado circunscrita a un resultado preterintencional o a un delito contra la vida, el cuerpo y la salud –homicidio doloso-, produciéndose aquí un concurso real de delitos, esto es, la presencia de dos ilícitos calificándolos cada uno de ellos como hechos independientes. Que, sin embargo, si la muerte la ocasionó el agente para facilitar la consumación del robo o para ocultar su realización o impedir su detención, tal acción homicida constituirá delito de asesinato (Ver José Hurtado Pozo. Manual de Derecho Penal. Parte Especial I. Homicidio. Ediciones Juris. Lima mil novecientos noventa y cinco, páginas cincuenta y nueve y sesenta)".

89

§89. Momento de la consumación en el delito de robo

Sentencia Plenaria	1-2005/DJ-301-A
Fecha	30 de setiembre de 2005
Procedencia	Vocales de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Gonzáles Campos y San Martín Castro.
Jueces Supremos	Sivina Hurtado, Gonzáles Campos, San Martín Castro, Palacios Villar, Lecaros Cornejo, Molina Ordóñez, Barrientos Peña, Vega Vega, Príncipe Trujillo y Balcazar Zelada
Disposiciones estudiadas	Art. 188º del CP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	7° al 10°

RESUMEN:

El criterio para identificar la consumación en el delito de robo se sitúa en el ***momento en que el titular o poseedor de la cosa deja de tener a ésta en el ámbito de protección dominical****, es decir, cuando el agente pone la cosa bajo su poder de hecho. El resultado típico de tener la cosa bajo su poder de facto se manifiesta en la posibilidad de realizar sobre la ella actos de disposición.* ***Será irrelevante el tiempo*** *durante el cual que el agente mantiene dicha posibilidad, lográndose la consumación aún cuando sólo sea por un breve tiempo.*

FUNDAMENTOS:

"6º. El delito de hurto fija los criterios esenciales para determinar la consumación del delito de robo, en tanto que este último delito coincide en sus elementos típicos básicos con el primero –el bien jurídico afectado es el mismo: el patrimonio-, y la diferencia deriva del hecho de que requiere la presencia de violencia o amenaza –intimidación- contra la persona, en

tanto que constituye una forma calificante con respecto al hurto. El robo, como añadido, exige dos condiciones: la acción, en la violencia o amenaza ejercidas sobre las personas; y, el elemento temporal, en virtud del cual los actos de violencia o de intimidación deben ser desplegados antes, en el desarrollo o inmediatamente posterior a la sustracción de la cosa.

7°. El delito de hurto, al igual que el delito de robo, desde la perspectiva objetiva, exige que el agente se apodere ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra (confrontar: artículos 185° y 188° del Código Penal). El acto de apoderamiento es, pues, el elemento central de identificación para determinar, en el iter criminis, la consumación y la tentativa. Desde esta perspectiva el apoderamiento importa: ***a)*** El desplazamiento físico de la cosa del ámbito del poder patrimonial del tenedor -de su esfera de posesión- a la del sujeto activo, y ***b)*** la realización material de actos posesorios, de disposición sobre la misma. A estos efectos, según el artículo 185° del Código Penal, se requiere de la sustracción de la cosa, esto es, la separación de la custodia de la cosa de su titular y la incorporación a la del agente.

8°. La acción de apoderarse mediante sustracción, materialmente, define al delito de hurto y, por extensión, de robo, como uno de resultado y no de mera actividad. Este entendimiento de ambos delitos, a su vez, fuerza a entender no sólo que el agente desapodera a la víctima de la cosa –adquiere poder sobre ella- sino también, como correlato, la pérdida actual de la misma por parte de quien la tuviera, situación que permite diferenciar o situar en un momento diferenciado la desposesión del apoderamiento. En tal virtud, el criterio rector para identificar la consumación se sitúa en el momento en que el titular o poseedor de la cosa deja de tener a ésta en el ámbito de protección dominical y, por consiguiente, cuando el agente pone la cosa bajo su poder de hecho. Este poder de hecho –resultado típico- se manifiesta en la posibilidad de realizar sobre la cosa actos de disposición, aún cuando sólo sea por un breve tiempo, es decir, cuando tiene el potencial ejercicio de facultades dominicales; sólo en ese momento es posible sostener que el autor consumó el delito.

9°. Este criterio de la disponibilidad potencial, que no efectiva, sobre la cosa -de realizar materialmente sobre ella actos dispositivitos- permite desestimar de plano teorías clásicas como la aprehensio o contrectatio -que hacen coincidir el momento consumativo con el de tomar la cosa, la amotío –que considera consumado el hurto cuando la cosa ha sido

trasladada o movida de lugar- y la ilatio –que exige que la cosa haya quedado plenamente fuera del patrimonio del dueño y a la entera disposición del autor-; y, ubicarse en un criterio intermedio, que podría ser compatible con la teoría de la ablatio - que importa sacar la cosa de la esfera de custodia, de la vigilancia o de la actividad del tenedor, efectivo dominio sobre la cosa-. El desplazamiento de la cosa en el espacio no es el criterio definitorio del hurto, sino el desplazamiento del sujeto que puede realizar actos de disposición.

10°. Por consiguiente, **la consumación** en estos casos **viene condicionada por la disponibilidad de la cosa sustraída** -de inicio sólo será tentativa cuando no llega a alcanzarse el apoderamiento de la cosa, realizados desde luego los actos de ejecución correspondientes-. Disponibilidad que, más que real y efectiva -que supondría la entrada en la fase de agotamiento del delito- debe ser potencial, esto es, entendida como posibilidad material de disposición o realización de cualquier acto de dominio de la cosa sustraída. Esta disponibilidad potencial, desde luego, puede ser momentánea, fugaz o de breve duración. La disponibilidad potencial debe ser sobre la cosa sustraída, por lo que: ***a)*** Si hubo posibilidad de disposición, y pese a ello se detuvo al autor y recuperó en su integridad el botín, la consumación ya se produjo; ***b)*** si el agente es sorprendido in fraganti o in situ y perseguido inmediatamente y sin interrupción es capturado con el íntegro del botín, así como si en el curso de la persecución abandona el botín y éste es recuperado, el delito quedó en grado de tentativa; y, ***c)*** si perseguidos los participantes en el hecho, es detenido uno o más de ellos pero otro u otros logran escapar con el producto del robo, el delito se consumó para todos." (Sic.)

FUNDAMENTOS DEL VOTO SINGULAR:

1. No comparto los fundamentos de la presente Sentencia Plenaria y, por el contrario, considero que el criterio debe presidir la diferenciación entre consumación y tentativa en los delitos de robo agravado es, propiamente, la amotio. Por tanto, basta que el sujeto activo, luego de utilizar violencia o amenaza, se apodere de la cosa, la toma para sí y la remueva, esto es, la traslade o mueva de lugar. La acción de apoderamiento, en este caso, quedará consumada con ese hecho, por lo que no hace falta que el autor pueda disponer efectiva o potencialmente de la cosa sustraída, pues con la remoción ya se afectó la esfera de custodia del afectado.

2. En tal virtud, MI VOTO es porque en los delitos de robo el momento consumativo tiene lugar cuando el agente toma para sí la cosa y la remueva o traslade de lugar, sin que a ello sea trascendente que tenga la disposición, real o potencial, de la misma.

90

§90. Robo agravado

Recurso de nulidad	1324-2016-LIMA SUR
Fecha	28 de setiembre de 2017
Procedencia	Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Calderón Castillo.
Jueces Supremos	Lecaros Cornejo, Príncipe Trujillo, Chaves Zapater, Calderón Castillo, Ventura Cueva.
Disposiciones estudiadas	Art. 14 del CP

RESUMEN:

No advirtiendo razones objetivas que invaliden la sindicación del agraviado; su testimonio y reconocimiento son prueba válida de cargo y, por ende, tienen virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia que asiste al procesado, tanto más si las declaraciones están corroboradas con otros medios periféricos que dotan de credibilidad la incriminación señalada.

FUNDAMENTOS:

CONSIDERANDO

PRIMERO. Conforme con el dictamen acusatorio (folio setecientos cincuenta y seis), se imputa a Eloy Arturo Arévalo Gonzales ser coautor del delito contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado, debido a que el quince de octubre de dos mil doce, a las trece horas, cuando el agraviado Néstor Emilio Kjuno Suyllo se encontraba en el interior del vehículo (camión marca Mitsubishi de placa de rodaje C2K-807 de propiedad de Richard Auccacusi Huamán), estacionado en el paradero de camiones (entre la avenida Pachacútec y la avenida El Sol, del distrito de Villa El Salvador), se acercó Martín Leonardo Grandez y

le solicitó trasladar una comprensora desde Lurín hacia el Terminal Pesquero, en el distrito de Villa María del Triunfo. En el trayecto, llegaron a unas chacras, donde al efectuar una maniobra para voltear se percató que pasó una moto, y de forma sorpresiva, entre los arbustos, salieron tres personas, entre ellos, Eloy Arturo Arévalo Gonzales. Dos sujetos sujetaron al agraviado del cuello, mientras Eloy Arturo Arévalo Gonzales abría la puerta del chofer y apuntó con un arma de fuego a la víctima, y procedió a bajarlo del vehículo. Ataron de pies y manos al agraviado, taparon sus ojos, la boca, y lo lanzaron a una acequia de la zona. Seguidamente, se llevaron el camión y lo escondieron en una cochera ubicada en la urbanización San Benito de Palermo, manzana J, lote siete, en el Callao, donde fue desmantelado.

SEGUNDO. El abogado defensor del imputado fundamentó el recurso de nulidad (fojas dos mil ciento sesenta), en que:

2.1. El único testigo presencial de los hechos fue Néstor Emilio Kjuno Suyllo, chofer del vehículo; pues el dueño del mismo se enteró de lo sucedido por medio del citado conductor.

2.2. El testigo Kjuno Suyllo no asistió al juicio oral. Este testigo, a nivel preliminar, brinda características físicas distintas a las del encausado Arévalo Gonzales.

2.3. El acta de reconocimiento físico actuado por el chofer del vehículo no cumplió con las formalidades de ley.

2.4. La versión del imputado es uniforme a lo largo del proceso.

TERCERO. El derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos, conforme lo recalca la doctrina consolidada de esta Suprema Instancia, mediante el Acuerdo Plenario número dos guion dos mil cinco oblicua CJ guion ciento dieciséis, del treinta de setiembre de dos mil cinco.

CUARTO. Del estudio y análisis de lo actuado, se aprecia que la comisión del delito de robo agravado está acreditada con los siguientes medios probatorios:

4.1. La declaración del agraviado Néstor Emilio Kjuno Suyllo a nivel preliminar (fojas noventa y nueve), quien relató cómo sucedieron los hechos en su perjuicio.

4.2. El acta de reconocimiento físico (folio ciento dieciocho), efectuado por el agraviado Néstor Emilio Kjuno Suyllo, en el cual reconoció directamente al encausado Eloy Arturo Arévalo Gonzales como quien abrió la puerta del camión y le apuntó con un arma de fuego para después bajarlo del vehículo.

4.3. Asimismo, se cuenta con el acta de registro vehicular e incautación (fojas ciento quince), efectuado al vehículo de placa de rodaje C1P guion quinientos cuarenta y tres, en el cual se intervino al imputado Eloy Arturo Arévalo Gonzales (quien estuvo acompañado de Jimmy Francisco Uriarte Gonzales, Martín Leonardo Grandez y Víctor Jonathan Almonacid Flores). En la guantera del referido vehículo se encontró una llave de contacto con mango con el logotipo Mitsubishi que pertenecía al vehículo de placa C2K-807 (vehículo de propiedad del agraviado Richard Auccacusi Huamán que le fue sustraído el quince de octubre dos mil doce al chofer Néstor Emilio Kjuno Suyllo).

4.4. Del mismo modo, se cuenta con el acta de registro vehicular e incautación (fojas ciento diecisiete), en la que se dejó constancia de que se verificó que la llave de contacto con mango con el logotipo Mitsubishi abrió la puerta del vehículo camión de placa de rodaje C2K-807.

4.5. De la misma manera, se cuenta con el acta de registro vehicular e incautación (fojas ciento trece), efectuada a Eloy Arturo Arévalo Gonzales, en el cual se detalla que cuando fue intervenido se le encontró en poder de una guía de remisión de transportista N.° 000051 con las iniciales Servicios Múltiples Richard de propiedad de Richard Auccacusi Huamán con manuscrito placa de rodaje C2K-807.

4.6. Asimismo, la pericia físico química número setecientos cuarenta y tres oblicua dos mil doce (folio cuatrocientos veintitrés), concluyó que el vehículo camión grúa Mitsubishi Fuso, de color blanco, con placa de rodaje C2K-807, no presenta motor y su número de serie se encuentra con erradicación parcial, por objeto punzante.

QUINTO. En ese sentido, se advierte que:

5.1. La declaración y acta de reconocimiento efectuados por el agraviado Néstor Emilio Kjuno Suyllo (esta última diligencia, en presencia del representante del Ministerio Público), se encuentran corroboradas con los elementos citados en líneas precedentes; en especial por haberse encontrado en su poder documentos relacionados con el vehículo del agraviado, y dentro del auto donde fue intervenido, la llave de contacto del camión de la víctima.

5.2. La defensa técnica del imputado alega que el agraviado Kjuno Suyllo, brindó características físicas que no corresponden al encausado Arévalo Gonzales; lo cual es errado. Conforme se aprecia en el acta de reconocimiento físico practicado por el mencionado agraviado (folio doscientos dieciocho), en la que reconoció al aludido imputado, se aprecia que la víctima precisó que el sujeto que le apuntó con un arma de fuego y lo amenazó de muerte tenía como rasgos físicos principales, tez trigueña, de aproximadamente un metro sesenta y cinco centímetros de estatura y con un corte en la mejilla izquierda. Ahora, conforme con la hoja de datos de identificación del encausado Arévalo Gonzales (folio ciento ochenta y uno), en la cual se detallan sus características físicas y su fotografía; se aprecia que este mide un metro sesenta y tres centímetros de estatura, es de tez trigueña y tiene una cicatriz en la mejilla izquierda. Por lo tanto, las características que brindó el agraviado corresponden al acusado recurrente. Acta de reconocimiento que se efectuó en presencia del representante del Ministerio Público, por tanto, tiene la calidad de elemento de prueba conforme con los artículos sesenta y dos y setenta y dos del Código de Procedimientos Penales.

SEXTO. Ante la sindicación del agraviado Néstor Emilio Kjuno Suyllo, se tiene la negativa del encausado Eloy Arturo Arévalo Gonzales sobre los hechos que se le incriminan. En ese sentido, y por las consideraciones expuestas en líneas precedentes, se aprecia que el testimonio de la víctima cumple con los parámetros establecidos en el Acuerdo Plenario cero dos-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis:

6.1. Ausencia de incredibilidad subjetiva; en este caso no se aprecia la existencia (antes de los hechos) de relaciones de enemistad o vínculo alguno entre los agraviados (tanto el chofer, que fue presencial, como el dueño del vehículo) y el acusado.

6.2. Verosimilitud; el reconocimiento efectuado por el testigo presencial está corroborado con otros elementos que permiten concluir, válidamente, sobre la responsabilidad del encausado; dichos elementos fueron precisados en los considerandos cuarto y quinto de la presente Ejecutoria.

6.3. Persistencia en la incriminación; el agraviado, conforme con su manifestación (folio noventa y nueve), del trece de octubre de dos mil doce, describió los hechos en su perjuicio y brindó las características físicas de uno de los principales agentes que perpetró el robo, pues describió a quien subió al camión portando un arma de fuego. Las mismas características físicas que dio en su manifestación, las volvió a brindar en el acta de reconocimiento físico (de folio ciento dieciocho), del veintitrés de octubre de dos mil doce, en la cual reconoció al encausado Arévalo Gonzales, en presencia del representante del Ministerio Público.

SÉTIMO. La sindicación del agraviado y los elementos que lo corroboran, permiten concluir, válidamente, y más allá de toda duda razonable, sobre la participación del encausado en el evento delictivo que se le atribuye. En ese sentido, su presunción de inocencia quedó desvirtuada.

OCTAVO. Para los efectos de verificar la dosificación de la pena, se tiene en cuenta que el artículo VIII, del Título Preliminar, del Código Penal, contempla el principio de proporcionalidad, que procura la correspondencia entre el injusto cometido y la sanción a imponerse; ello en concordancia con el artículo IX del referido Título Preliminar, el cual establece que la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora, y el inciso veintidós del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, el cual estipula el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. En ese sentido, este Supremo Tribunal Penal considera que el Colegiado Superior, al momento de determinar la pena, observó debidamente los criterios de legalidad y razonabilidad que la regulan, imponiendo al encausado Eloy Arturo Arévalo Gonzales, trece años de pena privativa de libertad, teniéndose en cuenta para ello sus condiciones personales y su carencia de antecedentes.

También se consideró la forma y circunstancias en que se suscitó el referido delito, conforme con los artículos cuarenta y cinco, y cuarenta y seis del Código Penal; además, no concurren otras atenuantes que permitan rebajar la sanción penal impuesta en la recurrida. En consecuencia, se deberá mantener lo decidido por la Sala Penal Superior.

C. APROPIACIÓN ILÍCITA

91

§91. Configuración del delito de Apropiación Ilícita. Diferencias con la conducta típica del delito de Hurto

Casación	301-2011-LAMBAYEQUE
Fecha	04 de octubre del 2012
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Jueces Supremos	Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Salas Arenas, Neyra Flores y Santa María Morillo.
Disposiciones estudiadas	Arts. 190° y 192° del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	8.1° al 8.6°

RESUMEN:

En el delito de apropiación ilícita se distingue, en un comienzo, un acto de transmisión legítima de la posesión de la cosa con título que produzca la obligación de entregarla a un tercero o devolverla a quien la brindó; y, posterior a ello, el acto de apropiación antijurídica por parte del poseedor legítimo. Es así que lo que se sanciona por medio de este delito es la ***transmutación que efectúa el sujeto activo de una posesión legítima al ejercicio de facultades inherentes a la propiedad del bien, ya que dispone de la cosa como si fuera propia, a pesar de conocer su pertenencia a otra persona****.*

Por tanto, únicamente será sujeto activo del delito de apropiación ilícita aquella persona que haya recibido de manera lícita el bien objeto de delito y que tenga la obligación de entregar, devolver o hacer un uso determinado con el mismo.

En este sentido, ***cuando la entrega de la cosa se efectúa a una persona con un cargo específico autorizado por el acreedor (dependiente), el que paga***

***se desliga del bien entregado y éste se incorpora a la esfera del patrimonio (en propiedad) del antes acreedor, en cuyo nombre el agente cobrador o recaudador lo recibió**. Así, cuando el dependiente se apropia de la cosa entregada, sujeto pasivo del delito serán tanto el dueño de la cosa apropiada como el acreedor insatisfecho en cuyo nombre el sujeto pasivo no recibió el bien.*

FUNDAMENTOS:

"QUINTO: CRITERIO DOCTRINAL RESPECTO A LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE APROPIACIÓN ILÍCITA DESDE LA PERSPECTIVA DEL BIEN JURÍDICO PROPIEDAD.-

5.1. Al respecto, cabe indicar que en la dinámica del delito de apropiación ilícita hay que distinguir dos momentos, uno consistente en la transmisión legítima de la posesión de la cosa con título que produzca la obligación de entregarla o devolverla, y otro de apropiación antijurídica por parte del poseedor legítimo, acaeciendo la infracción penal en este segundo momento. Es decir, que lo que se sanciona en el delito de apropiación ilícita en principio, es la transmutación que efectúa el sujeto activo de una posesión legítima al ejercicio de facultades inherentes a la propiedad del bien.

5.2. Por ello, existe en la conducta ilícita el incumplimiento de una obligación futura nacida de una relación legal o contractual. Este ilícito requiere necesariamente la preexistencia del poder de custodia sobre un bien por un título que produzca la obligación de entregar, devolver o hacer uso determinado.

5.3. Lo que fundamenta la mayor gravedad de la apropiación indebida es la ruptura de una obligación jurídica de devolución o entrega del objeto[23]. La conducta típica descrita tiene como significado el disponer de la cosa como si fuera propia de manera que ello implica incumplimiento definitivo de la obligación de entrega o devolución[24].

5.4. La existencia de una relación entre el autor y el objeto material del delito determina su connotación especial, en tanto solo puede ser sujeto activo aquél que ostente la relación jurídica exigida por el tipo penal[25], esto es haber

---

[23] PÉREZ MANZANO, Mercedes: Las defraudaciones (II). Apropiación indebida y defraudaciones del fluido eléctrico análogas en Compendio de derecho penal parte especial. Volumen II. Coor. Bajo Fernández Miguel, Ed. Centro de estudios Ramón Areces S.A. Madrid, 1998, p. 478.

[24] Ibídem, p. 481.

[25] *Ibídem*, p. 484.

recibido el objeto de manera ilícita en depósito, comisión, administración y otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver o hacer un uso determinado con el mismo.

5.5. La conducta esencial que debe desarrollar el agente está constituida por la apropiación, es decir, por el apoderamiento o adjudicación a su favor de un bien mueble que no le pertenece legalmente. Eso implica que el agente en forma ilegal, ilícita o indebida coloca dentro de la esfera de su patrimonio –bajo su dominio- un bien mueble que sabe perfectamente que es ajeno, dado que le pertenece a otro, en su forma clásica, ese otro es quien por título lícito le confió el bien por un tiempo y con un fin determinado.

5.6. La obligación de entregar debe cumplirse respecto a una tercera persona, es decir, distinta al sujeto de quien se recibió el bien mueble[26]. Con la apropiación ilícita se lesiona el derecho de propiedad que permite al propietario usar, disfrutar o disponer de sus bienes, dinero o valores[27].

5.7. Víctima o sujeto del delito de apropiación ilícita será cualquier persona natural o jurídica con la única condición de ser la propietaria del bien mueble, dinero o valor entregado por título legítimo al agente, para después ser devuelto o entregado a una tercera persona o hacer un uso determinado del bien[28].

SEXTO: CRITERIO DOCTRINAL RESPECTO A LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE APROPIACIÓN ILÍCITA DESDE LA PERSPECTIVA DEL BIEN JURÍDICO PATRIMONIO.-

Frente al criterio doctrinal anterior se halla un SEGUNDO grupo de especialistas, ciertamente minoritario, que consideran que el delito de apropiación indebida no solamente castiga los actos de expolio o de expropiación en estado puro, caracterizados por la privación definitiva de la propiedad, sino que el bien jurídico protegido por este delito también incluye determinadas lesiones del patrimonio de modo que no solamente es la propiedad lo que se protege, sino también el derecho de los acreedores a ver satisfecho su crédito de modo que las deslealtades o irregularidades más graves del acreedor, unidos a su insolvencia, colmarán el plus de desvalor material que justifican la tipificación y la sanción de tales conductas.

---

[26] SALINAS SICCHA, Ramiro: Derecho penal Parte Especial, Vol II. 4ta Edición, Ed. Grijley, Lima, 2010, p. 1020.

[27] *Ibídem*, p. 1022.

[28] *Ibídem*, p. 1024.

SÉTIMO: ANTECEDENTE DOCTRINAL.-

7.1. En esencia, la distinción entre la postura en pro de la propiedad y la postura en favor del patrimonio radica en que, mientras que en la primera solamente se consideran típicas las conductas que cristalicen en una apropiación definitiva por la integración del bien en la esfera de dominio del sujeto activo, en la segunda, esto es, en la postura que defiende la tipicidad de determinadas formas de lesión del patrimonio se considera que el referido precepto contempla dos infracciones penales de distinta naturaleza: las que atentan directamente contra la noción de propiedad y las que eventualmente puedan atentar contra el patrimonio criminalizando determinadas lesiones del derecho de crédito que por sus circunstancias puedan considerarse especialmente reprochables[29].

7.2. Con el Código de Procedimientos Penales y el Decreto Legislativo número ciento veinticuatro, las causas por delito de apropiación ilícita se tramitaban como procesos sumarios, de modo que no eran conocidas de manera común por la Suprema Corte. No obstante, la Corte Suprema se ha pronunciado, así, en la Ejecutoria recaída en el recurso de nulidad número mil doscientos noventa y seis guión dos mil seis, Lambayeque, de dieciocho de abril de dos mil once, ya referida, no obstante, no existir pronunciamiento de fondo, no se cuestiona que los griferos que se apoderan del dinero recibido por pago de combustible desplegaron conducta de apropiación, en agravio del Grupo Empresarial propietario del grifo.

OCTAVO: ADOPCIÓN DE POSTURA JURISPRUDENCIAL.

8.1. Es claro que cuando una persona entrega a otra un bien mueble con un encargo específico, y éste último queda en calidad de depositario, (en custodia legítima del bien), lo explota y lo agrega a su dominio patrimonial, la víctima o sujeto pasivo resulta siendo quien entregó la cosa.

8.2. Cuando la cosa mueble se entrega en pago al autorizado de facto o formalmente (con conocimiento del acreedor conforme a las reglas del Código Civil), el que paga se desliga del bien entregado y éste se incorpora a la esfera del patrimonio (en propiedad) del antes acreedor, en cuyo nombre el agente cobrador o recaudador lo recibió.

8.3. Es preciso distinguir entre el cajero que opera en la sede o domicilio del acreedor, del recaudador que cobra en el domicilio del deudor o recibe en su propio y particular domicilio el bien en pago total o parcial del crédito.

---

[29] MOLINS RAICH, Marc: Óp. Cit., http://www.rocajunyent.com

8.4. En los últimos dos casos, no es factible asumir que el recaudador asume los bienes recibidos para apropiárselos *–lo que es característico del hurto-*, sino que, simplemente decide quedárselos para sí, incumpliendo el deber de entrega al propietario, cuya confianza defrauda.

8.5. A mayor abundamiento, el legislador nacional ha previsto el delito de apropiación ilícita irregular en el artículo ciento noventa y dos del Código Penal, que sanciona a quien se apropia de un bien perdido, de un tesoro, o de un bien ajeno en cuya tenencia entró el agente por error, caso fortuito u otra causa independiente de su voluntad. Siguiendo la línea de la regla jurídica interpretativa "*ad maioris ad minus*", si quien se apropia de un bien que carece de dueño, merece sanción penal por delito de apropiación indebida irregular, con mayor motivo, tiene que serlo quien se apropia de bienes ajenos que pertenecen a dueño cierto.

8.6. No hay por tanto en el asunto *sub judice*, ni vacío legal ni posibilidad de aplicación del tipo de hurto, en cuyo caso extraordinario, tampoco cabría – como lo señala el Ministerio Público en el presente proceso penal- una absolución; ocurre que el tipo de apropiación indebida o ilícita, comprende como agravio, en principio, al dueño de la cosa apropiada, cuando éste fuera quien entrega, el acreedor insatisfecho, en cuyo nombre el sujeto activo no recibe el bien, en los casos de recibo de pago total o parcial, situación que la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia del Perú ha adoptado."

92

B. ESTAFA

§92. Precisiones sobre el delito de estafa

Recurso de Nulidad	2504-2015- LIMA
Fecha	07 de abril de 2017
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Hinostroza Pariachi.
Jueces Supremos	Hinostroza Pariachi, Ventura Cueva, Pacheco Huancas, Cevallos Vegas, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Art. 196 del CP

RESUMEN:

1. *La sola constatación de un engaño, vinculado causalmente a una disposición patrimonial perjudicial, con déficit de información –error–, no implica, per se, la configuración del delito de estafa.*
2. *Solamente existirá un engaño típico de estafa, cuando la superación del déficit de información –error– no es competencia de la víctima disponente sino del autor del hecho o suceso fáctico; esto es, cuando la víctima carece de accesibilidad normativa a la información Precedente vinculante .*
3. *En estos casos, el autor es garante de brindar a la víctima la información que a ésta no le competía recabar o descifrar.*

FUNDAMENTOS:

DECIMO PRIMERO: La hermenéutica jurídica, sin embargo, reconoce de manera mayoritaria que el método jurídico, no se agota en una simple constatación silogística de un hecho concreto en relación con una formulación legal abstracta. En ese sentido, por ejemplo, resulta incorrecta la forma en

que cierto sector de la doctrina nacional desarrolla el delito de estafa, esto es, como una mera secuencia de elementos [engaño, error, disposición patrimonial y provecho ilícito] Vinculados por un nexo causal. El juez penal no se limita a verificar una conducta causalmente vinculada a un resultado lesivo, sino que fundamentalmente determina, con base en criterios jurídico-penales; si a conducta del autor ha generado un riesgo penalmente prohibido y si ese riesgo es el que se ha realizado en el resultado acaecido.

DECIMO SEGUNDO: En el presente caso, sin embargo, el Tribunal de grado inferior se ha limitado a constatar la existencia de un engaño Causal, esto es, un engaño que resultó eficaz para producir un error, un perjuicio patrimonial, y un provecho ilícito. Ahora bien, si se exige que el "engaño" propio de la estafa, constituya un "riesgo típicamente relevante" para el patrimonio, podrá llegarse a la conclusión de que hay engaños causales que son típicos y otros engaños causales que no lo son. La tipicidad del engaño, por tanto, no es cuestión de causalidad, sino de imputación objetiva.

DECIMO TERCERO: Al momento de analizar la tipicidad en los procesos por estafa, el juez penal no debe preguntarse "¿quién causó el error de la víctima?" sino "¿quién es competente por el déficit de conocimientos –error– de la víctima?". Aunque un caso llegue a los tribunales y el juzgador o el fiscal sepan (inevitablemente) a qué condujo en efecto el engaño (si hubo error o no y, en consecuencia, perjuicio patrimonial), pues el enjuiciamiento de los hechos tiene los conocimientos adquiridos ex post; esos conocimientos deben suprimirse a la hora de enjuiciar si el comportamiento del autor fue típico. Que se produzca el resultado, es una cuestión que está en un nivel de análisis distinto y posterior, en el que se trata simplemente de ver sí el riesgo de perjuicio patrimonial se cristalizó o no en el resultado. Lo que debe verificarse, en primer término, es si el engaño de la víctima puede imputarse objetivamente al autor.

DECIMO CUARTO: El delito de estafa protege el patrimonio, como poder jurídicamente reconocido de interacción en el mercado. De acuerdo con la configuración normativa de este mercado, en el contexto de nuestra sociedad actual, el sujeto que realiza un acto de disposición, muchas veces, no accede personalmente a toda la información que necesita para tomar sus decisiones económicas. En ese sentido, aquél que interactúa económicamente, se ve en la necesidad de confiar en otros que sí tienen acceso a esa información Es por ello, precisamente, que mediante el tipo penal de estafa se busca garantizar un cierto grado de información veraz, para que el acto de disposición sea libre y, con ello,

el patrimonio sea fuente de libertad para el titular; conservando, así, la estructura normativa del mercado.

DECIMO QUINTO: Ahora bien, ¿qué criterio orienta el reparto de incumbencias respecto a la averiguación de la información? De acuerdo con la más recientemente elaborada dogmática jurídico-penal es el criterio de la accesibilidad normativa, el que permite delimitar los ámbitos de competencia respecto de la superación del déficit de información que permita interactuar de forma libre en el mercado. Hay accesibilidad normativa cuando el disponente tiene, por una parte, acceso a la información que necesita para tomar su decisión de disposición y goza, por otra, de los conocimientos necesarios para descifrarla. En caso de que haya accesibilidad normativa de la información para el disponente, incumbe a este último averiguarla.

DECIMO OCTAVO: El artículo 2012° del Código Civil consagra el Principio de publicidad registral, según el cual: "Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones". Se trata de un disposición normativa que consagra una presunción iure et de iure, esto es, una presunción que no admite prueba en contrario. Por tanto, quien interactúa en el mercado de bienes registrables -en este caso, de los automóviles-, tiene la carga de conocer el contenido de las inscripciones; lo cual es una información que se encuentra normativamente accesible a la persona que pretende realizar una disposición patrimonial. Esta carga de cuidado fue infringida por los afectados. En consecuencia, existe competencia de la víctima.

VIGÉSIMO QUINTO: La delimitación entre delito de estafa e ilícito civil, derivado del incumplimiento de obligaciones contractuales, no se encuentra supeditada al elemento subjetivo; esto es, resulta incorrecto establecer una delimitación atendiendo a si el autor tenía dolo antes o después de celebrar el contrato. Esta posición resulta incorrecta, por cuanto la determinación de la relevancia penal de un comportamiento, no empieza por la esfera interna del autor. El Derecho Penal, recién se pregunta por la esfera interna –dolo, imprudencia y culpabilidad en sentido estricto– después que ha tenido lugar un comportamiento externo socialmente perturbador. En otras palabras, la delimitación entre estafa e incumplimiento contractual se verifica en el ámbito de la tipicidad objetiva.

VIGÉSIMO SEXTO: El engaño es un elemento que se presenta, no solamente en la estafa sino también en las relaciones contractuales civiles o de carácter mercantil. En estos casos, el operador de justicia tiene que delimitar quien es competente por la situación de error de la víctima; esto es, si incumbía a esta última agenciarse de la información normativamente accesible; o si era

competencia del autor, en virtud de un deber de veracidad, brindarle a la víctima los conocimientos necesarios para su toma de decisión respecto de la disposición de su patrimonio. En el primer caso, no se configurará el delito de estafa, por cuanto el perjuicio patrimonial es competencia del propio disponente (competencia de la víctima); por tanto, los hechos serán ventilados en la vía extra penal que corresponda. En el segundo caso, una vez verificado que ha existido la infracción a un deber de veracidad, y la realización del riesgo en el resultado, entonces podrá imputarse la comisión del delito de estafa, atendiendo a criterios objetivos como la idoneidad del contrato, o su forma de celebración, para bloquear el acceso de la víctima a la información normativamente accesible; o para generar en aquella una razón fundada de renuncia a ciertos mecanismos de autoprotección relevantes para su toma de decisión.

E. USURPACIÓN

93

§93. Usurpación: La violencia por turbación de la posesión se ejerce tanto sobre las personas como sobre las cosas

Casación	56-2014 - AYACUCHO
Fecha	29 de septiembre de 2015
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Neyra Flores
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodrígues Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores, Loli Bonilla.
Disposiciones estudiadas	Art. 202° del CP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	10° al 11°

RESUMEN:

La violencia en el delito de usurpación por turbación de la posesión se ejerce tanto sobre las personas como sobre las cosas, por lo que los jueces de todo el país deben seguir este criterio vinculante a los casos anteriores a la vigencia de la Ley número treinta mil setenta y seis

FUNDAMENTOS:

DECIMO: Esto es así también en el ordenamiento jurídico nacional, pues como señaló el Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, realizado el veintiuno de junio de dos mil cinco: "la violencia también puede darse sobre las cosas que posee la víctima, aun cuando en el momento del despojo esta no se encuentre presente, pues la violencia en estos casos está constituida por los actos que realice el agente para evitar que la víctima

recobre su posesión (...) sostener lo contrario equivaldría a que el agente busque el momento propicio en que la víctima no se encuentra presente para realizar el acto de desposesión, con lo cual se produciría la impunidad permanente del delito", criterio que se aplica a la turbación de la posesión.

DECIMO PRIMERO: A mayor abundamiento, la Casación número doscientos setenta y tres-dos mil doce-Ica, del veintinueve de mayo de dos mil catorce, estableció como doctrina jurisprudencial que el restringir el medio comisivo a la persona física que posee el bien inmueble no es acorde con la finalidad de la norma pues permitiría que aquel que destruye los accesos o seguros para el acceso del inmueble para turbar la posesión del mismo quede fuera del alcance punitivo de la norma penal, cayendo en el absurdo de no considerar como turbador de la posesión a quien destruye la puerta de ingreso, el candado, las cerraduras, etc. So pretexto que la violencia que turba la posesión sólo puede ser ejercida contra las personas. Consecuentemente, debe entenderse que aún antes de la modificatoria por vía legislativa, la violencia a la que hace referencia el inciso tres del artículo doscientos dos del Código Penal puede ser ejercida tanto contra personas como contra objetos o cosas integrantes del inmueble de modo que se turbe la posesión del mismo.

94

§94. Violencia como elemento del tipo del delito de Usurpación Agravada, puede recaer sobre bienes o sobre personas

Casación	233-2013-TACNA
Fecha	24 de octubre del 2014
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Morales Parraguez.
Jueces Supremos	Pariona Pastrana, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Morales Parraguez, Cevallos Vegas.
Disposiciones estudiadas	Art. 202° del CP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	4° al 7°

RESUMEN:

La violencia, conocida también como vis absoluta, vis corporales o vis phisica, está representada por la fuerza material que actúa sobre la víctima o sobre las cosas, esto es, que el agente recurre al despliegue de una energía física para vencer con ella, por su poder material, la voluntad opuesta de la víctima, así como para destruir objetos que dificultan la penetración invasiva para el despojo.

La violencia a la que hace referencia los numerales dos y tres, del artículo doscientos dos, del Código Penal, puede ser ejercida contra las personas como contra los bienes integrantes del inmueble, de modo que con dicho accionar se despoje de la posesión del mismo, siendo esto así, es evidente que una aplicación restringida del término "violencia" resultaría arbitraria.

FUNDAMENTOS:

TERCERO: Del análisis del recurso de casación los fundamentos de la Ejecutoria que concedió el recurso se puede colegir que los problemas planteados

para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial es el siguiente: el empleo de la violencia previsto en el inciso dos, del artículo doscientos dos, del Código Penal es sólo aplicable cuando se ejerce únicamente sobre las personas o también contempla la posibilidad de que pueda ser ejercido sobre las cosas (antes de la modificatoria introducida por la Ley número treinta mil setenta y seis).

CUARTO: Que esta clase de recurso por su naturaleza extraordinaria, tiene como fin el resguardo del principio de igualdad ante la ley, con el fin de asegurar la interpretación unitaria de la ley penal o procesal penal, en concordancia sistemática con el ordenamiento jurídico.

QUINTO: Precisado ello, se debe puntualizar que se entiende por despojo en la redacción del tipo penal, esto es, aquella acción por la cual el agente despoja, quita, arrebata, desposee o usurpa el inmueble o el ejercicio de un derecho real del sujeto pasivo. Es así que a nivel jurisprudencial se ha establecido que lo punible en la comisión del delito de usurpación no es la propiedad, sino el despojo de la posesión en forma violenta o con la utilización del engaño o la astucia o el que altera linderos o los destruye o también el que turbe la posesión, presupuestos a que se refiere el artículo doscientos dos del Código Penal vigente y que constituyen elementos objetivos del tipo penal en referencia.

SEXTO: La violencia, conocida también como vis absoluta, vis corporales o vis phisica, está representada por la fuerza material que actúa sobre la víctima o sobre las cosas, esto es, que el agente recurre al despliegue de una energía física para vencer con ella, por su poder material, la voluntad opuesta de la víctima, así como para destruir objetos que dificultan la penetración invasiva para el despojo. En ese sentido, incluso, antes de la modificatoria introducida por la Ley N.° 30076, el empleo de la violencia también alcanzaba a las cosas, conforme se advierte del pronunciamiento realizado por este Supremo Tribunal, cuando se señaló lo siguiente: "[Si] lo que se busca criminalizar mediante la tipificación del artículo doscientos dos, del Código Penal, son conductas violentas realizadas para despojar la posesión del sujeto pasivo, el restringir el medio comisivo a la persona física que posee el bien inmueble no armoniza con la finalidad de la norma, pues permitiría que aquel que destruye las puertas o seguros del acceso al inmueble para despojar la posesión del mismo quede fuera del alcance punitivo de la norma penal, cae en el absurdo de no considerar como parte para el despojo de la posesión a quien destruye la puerta de ingreso, el candado, las cerraduras, etc., bajo el pretexto de que la violencia para despojar la posesión solo puede ser ejercida contra las personas. Por lo tanto, este Supremo Tribunal considera que debe entenderse que aún antes de la modificatoria legislativa, la violencia a la que hace referencia los

numerales dos y tres, del artículo doscientos dos, del Código Penal, puede ser ejercida contra las personas como contra los bienes integrantes del inmueble, de modo que con dicho accionar se despoje de la posesión del mismo, siendo esto así, es evidente que una aplicación restringida del término "violencia" resultaría arbitraria.

Aunado a ello, en aras de establecer la unificación de criterios que guarden relación con las posturas adoptadas en las distintas Cortes Superiores del país, este Supremo Tribunal, es del parecer que la violencia del agente infractor puede ser ejercida contra los bienes o la persona, y que no necesariamente debe encontrarse presente el agraviado para que se configure el delito, siendo que el caso materia de análisis la violencia se dio contra las cosas; en ese sentido no cabe distinguir donde la ley no distingue.

95

§95. Usurpación: La violencia puede ejercerse sobre las personas y sobre los bienes

Casación	259-2013-TUMBES
Fecha	22 de abril del 2014
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Villa Stein.
Jueces Supremos	Villa Stein, Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Neyra Flores, Cevallos Vegas.
Disposiciones estudiadas	Art. 202 del CP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	4° considerando

RESUMEN:

La violencia a la que se refiere el delito de usurpación, y que es ejercida por el agente infractor, debe recaer sobre la persona o contra los bienes.

FUNDAMENTOS:

4.1. En el presente caso, se le imputa a Ernesto David Gamboa Dios, en su calidad de Gerente Municipal de la Municipalidad Provincial de Contralmirante Villar, la comisión de los delitos de abuso de autoridad en agravio de Aurelia Acuña Suárez y del Estado-Municipalidad Provincial de Contralmirante Villar, y de usurpación en agravio de Aurelia Acuña Suárez, con relación a que el día veintinueve de abril del dos mil diez, siendo las ocho horas con treinta minutos, con apoyo de efectivos del serenazgo y con presencia de la Notaria de la Provincial de Contralmirante Villar, se constituyó en el inmueble ubicado en la avenida Grau N° 524-Zorritos, ordenando el descerraje e ingresando para -según manifiesta- recuperar un "local municipal abandonado", disponiendo que los bienes que se

encontraban al interior del inmueble sean guardados en la cochera municipal de la Municipalidad Provincial de Contralmirante Villar, bienes de propiedad de la agraviada Aurelia Acuña Suárez, quien era posesionaria del inmueble en mérito a un contrato de alquiler con la comuna con una antigüedad de doce años aproximadamente y, pese a tener conocimiento de su domicilio real, nunca recibió notificación alguna sobre la acción realizada.

4.2. Conducta que es subsumida por la parte acusadora en el inciso 2 del artículo 202 del Código Penal, que al momento de la realización de los hechos materia de imputación rezaba: "Artículo 202.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años:

> *1. El que, para apropiarse de todo o parte de un inmueble, destruye o altera los linderos del mismo.*
>
> *2. El que, por violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza, despoja a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real. 3. El que, con violencia o amenaza, turba la posesión de un inmueble".*

4.3. En el presente caso, debemos establecer si el tipo penal de usurpación, contemplado en el inciso 2 del artículo 202 del Código Sustantivo, contempla como medio comisivo la violencia ejercida sobre los bienes y las personas o únicamente contempla a las personas como pasibles de recibir la violencia, para la configuración del despojo del derecho de posesión, tenencia o ejercicio de un derecho real sobre el inmueble.

4.4. Siendo así, este Supremo Tribunal precisará conceptos relativos al tipo penal de usurpación; en primer lugar, el bien jurídico tutelado es el pacífico y tranquilo disfrute de un bien inmueble, entendido como ausencia de perturbación en el ejercicio de la posesión o de cualquier otro derecho real sobre el mismo, en este último caso, siempre implica que la víctima esté en posesión del inmueble. Si no hay posesión o simple tenencia comprobada objetivamente no hay delito de usurpación; asimismo, debe tenerse presente que: a) el sujeto activo, puede ser cualquier persona, incluso el verdadero propietario del bien inmueble, en el supuesto que haya entregado en posesión de su inmueble a un tercero y después, haciendo uso de los medios típicos de usurpación, despoja o perturba el tranquilo disfrute de aquel tercero sobre el inmueble; b) el sujeto pasivo, puede ser cualquier persona con la única condición de que al momento de la ejecución del delito esté gozando de la posesión mediata o inmediata o tenencia del inmueble o, en su caso, gozando del ejercicio normal de un derecho real, lo cual implica necesariamente posesión o tenencia sobre el inmueble 2 ; c)

la acción típica es la de despojar, lo cual tiene un sentido de quitar, de sacar de la ocupación, de impedir la ocupación del inmueble total o parcialmente, por parte del sujeto pasivo; puede darse, por consiguiente, desplazando al tenedor, poseedor o ejercitador del derecho real del que se trate, del lugar que constituye el inmueble u oponiéndose a que aquel continúe realizando los actos propios de su ocupación, tal como los venía ejecutando; pero para que la acción de despojo resulte típica tiene que perpetrársela por alguno de los medios taxativamente enunciados en la ley. Uno de esos medios para consumar el despojo es la "violencia" o fuerza física que el agente despliega sobre las personas para vencer la resistencia que oponen o impedir la que pueden oponer a la ocupación que aquel procura, pero también comprende la fuerza que despliega sobre los bienes que le impiden o dificultan la penetración invasiva o el mantenimiento de su ocupación exclusiva (por ejemplo, cambiar las cerraduras).

4.5. Dicha opinión es compartida por los Jueces del Distrito Judicial de Moquegua, quienes en el Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, realizado el 21 de junio de 2005, incluso sostuvieron que: "la violencia también puede darse sobre las cosas que posee la víctima, aun cuando en el momento del despojo esta no se encuentre presente, pues la violencia en estos casos está constituida por los actos que realice el agente para evitar que la víctima recobre su posesión (...) sostener lo contrario equivaldría a que el agente busque el momento propicio en que la víctima no se encuentra presente para realizar el acto de desposesión, con lo cual se produciría la impunidad permanente del delito". En la misma línea, los señores Jueces Superiores que participaron en el Pleno Jurisdiccional Nacional Penal, que se realizó en la ciudad de Arequipa, el 17 de noviembre del 2012, concluyeron que una interpretación sistemática del artículo 202 inciso 2 del Código Sustantivo, referido a los delitos contra el patrimonio, informa que los actos de violencia se pueden dar tanto sobre la persona como sobre la cosa; asimismo, que la realidad social informa que el delito de usurpación se produce en un noventa por ciento de los casos cuando el posesionario o tenedor del inmueble no se encuentra presente. Añaden que una cabal interpretación del principio de prevención especial y general exige decisiones judiciales con mensajes sociales claros que se orienten a disuadir el delito de usurpación, que tiene un índice elevado en la realidad social. A mayor abundamiento, sostienen que si el legislador hubiera querido excluir la violencia contra los bienes en la usurpación en la modalidad de despojo, hubiera utilizado la frase "violencia contra las personas", tal como lo consignó en el artículo 188 del Código Penal. Además, se indicó que la fuente del artículo 202 del Código Penal peruano es el Código Penal argentino, cuya doctrina y jurisprudencia pacíficamente acepta que la violencia puede ser

sobre las personas y las cosas; finalmente, sostienen que dicha interpretación es acorde con los principios de lesividad y fragmentariedad, toda vez que: i) lo que ocurre en la realidad da cuenta que la gran mayoría de usurpaciones en el Perú empiezan con una agresión sobre la cosa; ii) el principio de taxatividad, pues el legislador no ha exigido que se encuentre presente en el inmueble el posesionario, incluso el mismo principio de lesividad se ve desbordado con este accionar, porque la violencia sobre la cosa genera concurso de delitos, como daños, lesiones, incendio y otros estragos, entre otros. Es más, acreditada una amenaza sobre la salud y tranquilidad a la persona, no se va esperar una lesión corporal, para recién considerar vulnerado el principio de lesividad.

4.6. En ese sentido, si lo que se busca criminalizar mediante la tipificación del artículo 202 del Código Penal son conductas violentas realizadas para despojar de la posesión al sujeto pasivo, restringir el medio comisivo a la persona física que posee el bien inmueble no armoniza con la finalidad de la norma, pues permitiría que aquel que destruye las puertas o seguros del acceso al inmueble para despojar de la posesión del mismo quede fuera del alcance punitivo de la norma penal, cae en el absurdo de no considerar como parte para el despojo de la posesión a quien destruye la puerta de ingreso, el candado, las cerraduras, etc., bajo el pretexto de que la violencia para despojar de la posesión solo puede ser ejercida contra las personas. Por lo tanto, este Supremo Tribunal considera que debe entenderse que, aun antes de la modificatoria legislativa, la violencia a la que hace referencia el inciso 2 del artículo 202 del Código Penal, puede ser ejercida contra las personas como contra los bienes integrantes del inmueble, de modo que con ella se despoje de la posesión del mismo.

4.7. Finalmente, en el caso que nos ocupa, el Tribunal de Apelación de Tumbes afirma que el empleo de la violencia debe estar orientado hacia la propia víctima, a fin de doblegar su voluntad, es decir, que la violencia a la que alude el artículo 202 del Código Penal debe ser entendida como la violencia física empleada sobre las personas, para anular la capacidad de decisión y resistencia de la víctima o de las víctimas; por tanto, sostiene que el encausado al emplear violencia física contra la cerradura de la puerta del local no se enmarca dentro de los alcances del delito de usurpación, contenido en el artículo 202 inciso 2 del Código Penal, por lo que sobreseyó la causa. Ello implica que el Juzgador de Segunda Instancia no consideró como violencia empleada para despojar de la posesión del inmueble el que se rompiera la cerradura del inmueble, lo cual importa una errónea interpretación del inciso 2 del artículo 202 del Código Sustantivo, por lo tanto, resulta necesario casar la sentencia recurrida.

5. DELITOS TRIBUTARIOS Y ADUANEROS

96

§96. La Regularización Tributaria

Acuerdo Plenario	2-2009/CJ-116
Fecha	13 de noviembre del 2009
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Barrios Alvarado.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Valdez Roca, Barrientos Peña, Biaggi Gómez, Molina Ordoñez, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Barandiarán Dempwolf, Calderón Castillo y Zevallos Soto.
Disposiciones estudiadas	Arts. 36° y 189° del CT; 7° y 8° de la LPT.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	6° al 13°

RESUMEN:

Los delitos tributarios son ***delitos especiales propios y de infracción del deber*** *de contribuir mediante el pago de tributos al sostenimiento de los gastos Públicos. Se caracterizan por tener, a pesar de su carácter público, naturaleza patrimonial; exigir la producción del resultado perjuicio; y por su tipo subjetivo netamente doloso que requiere –además-* ***un elemento especial o de tendencia****: el ánimo de lucro en provecho propio como de un tercero, a pesar de que no hace falta que sea alcanzado de manera efectiva.*

La causa material de exclusión de pena regulada en el art. 189° del Código Tributario para los delitos tributarios tiene como finalidad excluir la punibilidad del hecho típico, antijurídico y culpable, además de impedir la iniciación del proceso penal. Se trata de una ***causa material de exclusión de punibilidad ex post factum****, por*

lo que sus efectos liberatorios de sanción penal necesariamente alcanzan o benefician a todos los intervinientes en el delito, sean autores o partícipes. Para su aplicación se requiere, por un lado, de la actuación voluntaria del agente por medio de una autodenuncia que debe concretarse antes de la intervención de la autoridad tributaria o penal (sin que se exija una disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria); y, por otro, el pago total de la deuda tributaria o devolución del reintegro, saldo a favor o cualquier otro beneficio tributario obtenido indebidamente. El haberse acogido a un sistema especial de fraccionamiento o de sinceramiento tributario carece de relevancia como presupuesto para excluir la pena.

FUNDAMENTOS:

"Bases normativas:

6°. El artículo 189° CT, modificado por la Ley número 27038, incorpora una causa material de exclusión de pena concebida procesalmente como un impedimento procesal, cuyo efecto es, de un lado, excluir la punibilidad del hecho típico, antijurídico y culpable, y, de otro lado, impedir la iniciación del proceso penal.

Prescribe la citada norma, en sus párrafos segundo, tercero y cuarto, lo siguiente:

A. "*No procede el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, ni la formulación de denuncia penal por delito tributario por parte del Órgano Administrador del Tributo cuando se regularice la situación tributaria, en relación con las deudas originadas por la realización de algunas de las conductas constitutivas del delito tributario contenidas en la Ley Penal Tributaria, antes de que se inicie la correspondiente investigación fiscal o a falta de ésta, el Órgano Administrador del Tributo notifique cualquier requerimiento en relación al tributo y período en que se realizaron las conductas señaladas*".

B. "*La improcedencia de la acción penal contemplada en el párrafo anterior, alcanzará igualmente a las posibles irregularidades contables y otras falsedades instrumentales que se hubieran cometido exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización*".

C. "*Se entiende por regularización el pago de la totalidad de la deuda tributaria o en su caso la devolución del reintegro, saldo a favor o*

cualquier otro beneficio tributario obtenido indebidamente. En ambos casos la deuda tributaria incluye el tributo, los intereses y las multas".

7°. La indicada norma material debe ser interpretada en concordancia con los artículos 7° y 8° de la Ley Penal Tributaria –en adelante, LPT-.

A. El artículo 7° LPT, modificado por el Nuevo Código Procesal Penal –en adelante, NCPP-, establece: "***1.*** *El Ministerio Público, en los casos de delito tributario, dispondrá la formalización de la Investigación Preparatoria previo informe motivado del Órgano Administrador del Tributo.-* ***2.*** *Las Diligencias preliminares y, cuando lo considere necesario el Juez o el Fiscal en su caso, los demás actos de la instrucción o Investigación Preparatoria, deben contar con la participación especializada del Órgano Administrador del Tributo*".

B. El artículo 8° LPT, modificado por el NCPP, preceptúa que*:* ***1.*** *El Órgano Administrador del Tributo cuando, en el curso de sus actuaciones administrativas, considere que existen indicios de la comisión de un delito tributario, inmediatamente lo comunicará al Ministerio Público, sin perjuicio de continuar con el procedimiento que corresponda.-* ***2.*** *El Fiscal, recibida la comunicación, en coordinación con el Órgano Administrador del Tributo, dispondrá lo conveniente. En todo caso, podrá ordenar la ejecución de determinadas diligencias a la Administración o realizarlas por sí mismo. En cualquier momento, podrá ordenar al Órgano Administrador del Tributo le remita las actuaciones en el estado en que se encuentran y realizar por si mismo o por la Policía las demás investigaciones a que hubiere lugar*".

La regularización tributaria:

8°. Los delitos tributarios protegen la Hacienda Pública desde la perspectiva del interés del Estado y de la propia Hacienda Pública de que la carga tributaria se realice con los modos fijados en la Ley. Se protege, en consecuencia, el proceso de recaudación de ingresos y de distribución de los mismos en el gasto público [LORENZO MORILLAS CUEVAS: *Derecho Penal Español - Parte Especial*, tomo I, (MANUEL COBO DEL ROSAL: Coordinador), Editorial Dykinson, Madrid, 2004, página 613].

Los delitos tributarios comprendidos en la LPT tienen las siguientes notas características esenciales:

A. Se configuran como un delito especial propio y de infracción del deber de contribuir mediante el pago de tributos al sostenimiento de los gastos Públicos.

B. Tienen una naturaleza patrimonial, pero es de tener en cuenta su carácter público en atención a la función que los tributos cumplen en un Estado social y democrático de derecho.

C. Son delitos de resultado. Se exige la producción de un perjuicio que se consuma desde el momento en que se deja de pagar, total o parcialmente, los tributos o que se obtenga o disfruta indebidamente de un beneficio tributario.

D. El núcleo típico es la elusión del pago de tributos debidos o la obtención indebida de beneficios tributarios, cuya perpetración puede producirse tanto por acción, como por omisión.

E. Es un delito doloso –directo o eventual-, centrada en el conocimiento de la afectación del interés recaudatorio del Fisco. Además, se requiere de un elemento subjetivo especial o de tendencia: el ánimo de lucro en provecho propio como de un TERCERO [LUIS ALBERTO BRAMONT ARIAS TORRES/MARÍA DEL CARMEN GARCÍA CANTIZANO: *Manual de Derecho Penal – Parte Especial*, Tercera edición, Editorial San Marcos, Lima, 1977, página 478], aunque no hace falta que se alcance efectivamente.

9°. La finalidad de política tributaria de la regularización se encuentra en el objetivo estatal de conseguir que los tributos dejados de pagar efectivamente se recauden, y su fundamento dogmático reside en la reparación del daño [PERCY GARCÍA CAVERO: *Derecho Penal Económico – Parte Especial*, Tomo II, Editorial Grijley, Lima, 2007, páginas 693 y 698] y, como tal, con entidad para confluir con los fines de la pena –tanto en la retribución como en la prevención [FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Pena l- Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2006, página 80].

En tanto se trata de una causa material de exclusión de punibilidad *ex post factum* sus efectos liberatorios de la sanción penal necesariamente alcanzan o benefician a todos los intervinientes en el delito –autores y partícipes-. Destaca la perspectiva objetiva de la regularización tributaria, esto es, el ámbito de aplicación, los requisitos y los efectos de la regularización, como resulta evidente, se refieren al hecho o injusto culpable, no al

autor. Tal consideración es, por cierto, compatible con el propio tenor literal del artículo 189° CT, que a final de cuenta impide toda posibilidad de someter a proceso penal por los hechos punibles objeto de regularización.

10°. La regularización tributaria, en aras de alentar la regularización tributaria y su propia eficacia, y acudiendo a un argumento "*a fortiori*" [FERMÍN MORALES PRATS: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Segunda Edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999, páginas 791/792], abarca tanto el conjunto de delitos comprendidos en la LPT (artículos 1°/5°), en tanto en cuanto perjudiquen la Hacienda Pública: omisión del pago de tributos debidos u obtención efectiva de beneficios tributarios –entendidos ampliamente, en cuya se virtud se comprende a todos los mecanismos que por el resultado disminuyen o eliminan la carga tributaria [CARMEN DEL PILAR ROBLES MORENO y otros: *Código Tributario, Doctrina y Comentarios*, Pacífico Editores, Lima, 2005, página 671]-, como, por imperio del tercer párrafo del artículo 189° CT, "*...las posibles irregularidades contables y otras falsedades instrumentales que se hubieran cometido exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización*". La extensión de la impunidad, en estos casos, sólo puede admitirse en la medida en que éstas carezcan de autonomía punitiva frente a los delitos tributarios; es decir, aquellas irregularidades contables y falsedades realizadas con finalidad y efectos exclusivos de tipo tributario [J. BOIX REIG y otros: *Derecho Penal – Parte Especial,* Tercera edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, página 592].

11°. La regularización tributaria está sujeta a dos requisitos esenciales: actuación voluntaria a través de una autodenuncia y pago total de la deuda tributaria o devolución del reintegro, saldo a favor o cualquier otro beneficio tributario obtenido indebidamente.

A. Regularización voluntaria. Se expresa en la frase: "*...se regularice la situación tributaria (...) antes de que se inicie la correspondiente investigación fiscal o a falta de éste, el Órgano Administrador del Tributo notifique cualquier requerimiento en relación al tributo y período en que se realizaron las conductas señaladas*" (artículo 189°, segundo párrafo, CT). Esta exigencia o condicionante temporal plantea que la regularización se realice en forma voluntaria o espontánea, la que debe concretarse antes de la intervención de la autoridad tributaria

o penal. En este último supuesto no hace falta una disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria (artículo 7°.1 LPT en concordancia con el artículo 336° NCPP), cuyo equivalencia en el ACPP será la denuncia formalizada del Ministerio Público y el respectivo auto de apertura de instrucción; sólo se requiere del inicio de actuaciones de investigación, que muy bien pueden tratarse de diligencias preliminares en tanto en cuanto exista suficiente precisión de los cargos, de su presunta relevancia delictiva. De otro lado, la regularización no necesariamente debe ser obra del obligado; además, los motivos internos que determinan la regularización no son relevantes, sólo lo es el momento en que tiene lugar.

B. Pago total de la deuda tributaria o devolución íntegra del beneficio tributario. Se precisa en el cuarto párrafo del artículo 189° CT, que dice: "*Se entiende por regularización el pago de la totalidad de la deuda tributaria o en su caso la devolución del reintegro, saldo a favor o cualquier otro beneficio tributario obtenido indebidamente. En ambos casos la deuda tributaria incluye el tributo, los intereses y las multas*". No sólo se trata de que se formule una autodenuncia a través de una declaración rectificatoria, sino de que pague efectivamente la deuda tributaria o efectúe la devolución correspondiente. Frente a montos dudosos o de necesaria determinación administrativa –que traen causa en la comisión de delitos tributarios-, es posible que la autoridad cuestione la rectificación y exija un monto mayor, oportunidad en que debe establecerlo –con inclusión a los tributos, de los intereses y las multas- y el obligado a pagar inmediata e íntegramente el diferencial respectivo.

12°. El delito tributario, desde la reforma de la LPT por el NCPP –en especial del artículo 8°-, es un delito de persecución pública a cargo del Ministerio Público, aunque con la necesaria intervención de la autoridad administrativa tributaria. A partir de esas modificaciones tiene sentido que la regularización pueda realizarse: **(i)** antes que la Fiscalía inicie diligencias preliminares de averiguación sobre la posible comisión de un delito tributario –no necesariamente, como era antes de la reforma, una denuncia por delito tributario debe ser de previo conocimiento de la autoridad tributaria, aunque su ulterior intervención es preceptiva-; y, en su defecto –ante la inexistencia de la intervención de la Fiscalía, del inicio de actuaciones de averiguación-, **(ii)** el Órgano Administrador del Tributo

notifique un requerimiento en relación al tributo y período en que se realizaron las conductas presuntamente delictivas señaladas.

El requerimiento de la administración tributaria debe ser específico, vinculado a un delito tributario concreto, enmarcado temporalmente. El bloqueo a la regularización necesita de un requerimiento expreso en cuanto al delito presuntamente cometido o la referencia a las conductas delictivas que le dan por su naturaleza relevancia penal [JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA: *Regularización Tributaria*, Actualidad Jurídica número 115, Lima, Junio 2003, Lima, página 20].

Fraccionamiento tributario, leyes especiales y exención de pena:

13°. Con carácter general, el artículo 36° CT estatuye que: "*Se puede conceder aplazamiento y/o fraccionamiento para el pago de la deuda tributaria con carácter general, excepto en los casos de tributos retenidos o percibidos, de la manera que establezca el Poder Ejecutivo.- En casos particulares, la Administración Tributaria está facultada a conceder aplazamiento y/o fraccionamiento para el pago de la deuda tributaria al deudor tributario que lo solicite, (...), siempre que dicho deudor cumpla con los requerimientos o garantías que aquélla establezca mediante Resolución de Superintendencia o norma de rango similar y con los siguientes requisitos: (...).- El incumplimiento de las condiciones bajo las cuales se otorgó el aplazamiento y/o fraccionamiento, conforme a lo establecido en las normas reglamentarias, dará lugar automáticamente a la ejecución de las medidas de cobranza coactiva por la totalidad de la amortización e intereses correspondientes que estuvieran pendientes de pago*".

Como se advierte de su texto, el citado artículo 36° CT reconoce la posibilidad de que el deudor tributario se acoja al aplazamiento y/o fraccionamiento de su deuda tributaria, siempre sujeto a una serie de condiciones y garantías que la Administración Tributaria ha de valorar para su aceptación o rechazo. Sin embargo, el hecho de reconocer la deuda tributaria y su imposibilidad de pago oportuno, al igual que la emisión de la correspondiente autorización administrativa que acepta el aplazamiento y/o el fraccionamiento de su pago, en modo alguno tiene relevancia jurídico penal cuando el incumplimiento de la obligación tributaria trae su causa en la comisión de delitos tributarios, a menos que el legislador por medio de una norma con rango de ley así lo decida, clara e inequívocamente. Razones de prevención general explican esta conclusión, en tanto que ya

se produjo la conducta delictiva y la consiguiente afectación a la Hacienda Pública.

Por lo demás, la única causa material de exclusión de punibilidad es aquella, ya analizada, referida a la regularización tributaria y ésta importa no el aplazamiento o el fraccionamiento del pago sino su total cancelación. Esta exigencia es compatible con la finalidad de política fiscal de toda regularización tributaria, que persigue que se paguen los tributos, no sólo que espontánea o voluntariamente se indique el faltante, única posibilidad que haría cesar la necesidad de pena.

En tal virtud, el acogerse a un sistema especial de fraccionamiento o de sinceramiento tributario, como lo fue en su día los adoptados por las leyes número 27344 –Ley del régimen especial de fraccionamiento tributario- y 27681 –Ley de reactivación a través del sinceramiento de las deudas tributarias (RESIT)-, carece de relevancia como presupuesto para excluir la pena."

97

§97. Configuración del delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas

Casación	474-2013- TACNA
Fecha	27 de abril de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Hinostroza Pariachi.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Ley N° 28008
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	17°, 18°, 19°, 21° y 22°.

RESUMEN:

El delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas previsto en el artículo 8 de la Ley 28808 (Ley de Delitos Aduaneros) es un delito de resultado y, por tanto, admite la tentativa. Empero, cuando se trata de mercancías restringidas, el inicio del procedimiento administrativo de nacionalización no constituye tentativa del delito; en este caso la conducta del agente es atípica.

FUNDAMENTOS:

TIPICIDAD DEL DELITO DE TRÁFICO DE MERCANCÍAS PROHIBIDAS O RESTRINGIDAS

1. El tipo penal que se interpretará a través de la presente casación, está previsto en el artículo 8 de la Ley N°28008 – Ley de Delitos Aduaneros, del 19 de junio de 2003, que prescribe: "El que utilizando cualquier medio o artificio o infringiendo normas específicas introduzca o extraiga

del país mercancías por cuantía superior a cuatro Unidades Impositivas Tributarias cuya importación o exportación está prohibida o restringida, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años y con setecientos treinta a mil cuatrocientos sesenta días multa". Este artículo fue modificado por el Decreto Legislativo N°1111 del 29 de junio de 2012, en cuanto a la cuantía de las mercancías, elevándola a cuatro Unidades Impositivas Tributarias.

2. El bien jurídico tutelado por este tipo penal, por un lado, pone énfasis en el control aduanero, en cuanto a verificar si estas mercancías restringidas cumplen o no con el visado autoritativo de las instancias estatales respectivas y, por otro, la tutela de bienes jurídicos colectivos como la salud pública, el medio ambiente o la seguridad pública. No cualquier mercancía puede salir o ingresar al país, pues existen ciertos bienes, que por su peculiar carácter han de ser rigurosamente controlados por las entidades estatales competentes, por ejemplo: productos alimenticios, medicinas, bienes arqueológicos, animales, armas, productos pirotécnicos.

DESARROLLO DEL PRIMER TEMA: LA TENTATIVA EN EL DELITO DE TRÁFICO DE MERCANCÍAS PROHIBIDAS O RESTRINGIDAS

3. La necesidad de una efectiva protección de bienes jurídicos o la necesidad de restablecer la vigencia de la norma contra el ataque a un bien estimado socialmente, hace que el legislador, con frecuencia, se vea obligado a tomar distintas técnicas legislativas para describir la conducta prohibida penalmente. Existen muchas clasificaciones al respecto, de cara al caso; sin embargo, ahora resulta indispensable –para contestar esta primera cuestión, relacionada a la tentativa en el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas– abordar la relativa a los delitos de resultado y los delitos de mera actividad (de peligro).

4. En los delitos de resultado, el juzgador o intérprete puede distinguir entre el inicio de la acción de ejecución de la actividad delictiva y el término o resultado de la acción[5], tomando forma de delitos de lesión. En los delitos de mera actividad, el ilícito se perpetra o agota con la sola acción, por lo que no se puede distinguir entre el acto y la planificación anterior a ella, que sería una etapa cerebral insondable. Únicamente en los delitos en

los que es posible distinguir el inicio de la actividad delictiva y el resultado, es decir, solo en los delitos de resultado es posible hablar de tentativa.

5. La tentativa, desde un plano objetivo, es el grado de desarrollo donde se ha comenzado a ejecutar "la acción indicada por el verbo principal del tipo legal" o, desde un plano subjetivo, desde que el autor "pone en evidencia que ataca un bien jurídico protegido al no respetarlo como lo exige el orden jurídico", sin llegar a consumar el tipo penal, ya sea porque el agente se desistió o por una circunstancia externa que le impidió continuar con la ejecución u obtener el resultado del acto delictivo emprendido. La acción iniciada, debe ser relevante, seria, "socialmente perturbadora" e idónea para lograr cometer el ilícito.

6. En este sentido, corresponde ahora verificar si el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas es un delito de resultado –y que por tanto admite tentativa– o si, por el contrario, es un tipo penal de mera actividad (de peligro) –en el que no cabe la tentativa–.

7. En el caso de mercancías prohibidas, entendiendo por ellas "(...) aquellas que por mandato legal se encuentran prohibidas de ingresar o salir del territorio nacional", este Supremo Tribunal concluye que dicha conducta admite la tentativa, pues el acto del agente que intente ingresar o sacar del país un bien que este conoce que está prohibido por disposición expresa de la ley, inicia efectivamente la ejecución del delito sin llegar a ocasionar el resultado. Es decir, el autor previamente conoce que el bien no podrá ser regularizado o admitido para su ingreso o salida, sin embargo, realiza acciones aduaneras o cualquier otra acción para que, contraviniendo la disposición legal (y los bienes subyacentes que protege), ingrese o extraiga la mercancía; la que, de ser impedido por la autoridad, debe ser calificada en grado de tentativa. En buena cuenta, es un delito de resultado, que consecuentemente admite la tentativa.

8. De otro lado, el delito de tráfico de mercancías restringidas, también es un delito de resultado, por cuanto se consumará cuando la mercancía ingresó o salió del país, sin cumplir los requisitos que señala la ley. Las mercancías cuya importación está restringida por la ley, son aquellas que por mandato legal requieren la autorización de una o más entidades competentes, para ser sometidas a un determinado régimen aduanero[8]. En este caso, el bien o mercancía prima facie no es pasible de ingreso al país; sin embargo, puede ser regularizado o calificado como viable para su ingreso cuando cumple las exigencias normativas.

9. En este tipo de delitos, la tentativa es discutible por cuanto la importación no está prohibida, sino sujeta a ciertas condiciones legales. En el caso de vehículos usados, como el que nos ocupa, en el trámite de la nacionalización había que cumplir con los requisitos que señala el Decreto Legislativo N°843, acompañando la documentación correspondiente. Según la imputación fiscal, el propietario o importador del vehículo ya había iniciado el trámite aduanero o procedimiento legal para su ingreso al País, sin embargo, al faltarle uno de los requisitos, la importación se frustró por las acciones administrativas de la Superintendencia de Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria.

10. A criterio de este Supremo Tribunal, el inicio del procedimiento legal para importar una mercancía restringida, aun cuando no se haya cumplido con los requisitos legales, no constituye tentativa –como grado de ejecución del delito de tráfico de mercancías restringidas– conforme a lo señalado en el artículo 16 del Código Penal, cuyo primer párrafo señala: "En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo". Como es obvio, mientras legalmente se esté realizando el trámite deregularización, esto es, mientras sea una mercancía restringida que sigue el procedimiento de nacionalización establecido en la ley, no puede considerarse que el importador o exportador haya iniciado la ejecución del delito.

11. En este tipo de casos, dependiendo de la normativa vigente, el bien o mercancía que no reúne los requisitos de ley para su importación, debe ser devuelto a su lugar de origen o ser objeto de medidas o sanciones administrativas, pero no resulta razonable ni proporcional que cuando un ciudadano ha iniciado el camino legal para nacionalizar la mercancía y levantar su restricción, se le sancione penalmente por no lograrlo, condenándolo por delito de tráfico de mercancías restringidas, en grado de tentativa.

12. En consecuencia, la conducta de iniciar un procedimiento administrativo aduanero para importar una mercancía restringida, cuyo resultado fue negativo, es una conducta atípica que no se adecua al tipo penal previsto en el artículo 8 de la Ley N° 28008 (Ley de los delitos aduaneros) y por ende no es punible. La tentativa sería admisible cuando se descubra que la mercancía restringida estuviere ingresando al país, sin el trámite administrativo aduanero correspondiente, tratando de eludir

o burlar –mediante cualquier medio o artificio– los controles aduaneros correspondientes.

DESARROLLO DEL SEGUNDO TEMA: LA DECLARACIÓN DE PROHIBICIÓN O DECLARACIÓN DE MERCANCÍAS PROHIBIDAS O RESTRINGIDAS.

13. La definición de los elementos normativos del tipo penal, denominados mercancía prohibida o restringida, se hará acudiendo a la teoría del delito, cuando se habla de los tipos penales en blanco o ley penal en blanco. Los tipos penales en blanco son fórmulas legislativas válidas por las cuales la conducta penalmente relevante o parte de ella, para su aplicación, debe ser completada por una disposición de carácter extrapenal. Ello es lo que sucede con el tipo penal bajo análisis, pues bajo los conceptos de "mercancía prohibida" y "mercancía restringida", la disposición penal nos remite a normas aduaneras que regulan dichos elementos normativos.

14. En el caso de la mercancía prohibida, se verifica que al tratarse de bienes descritos en la ley aduanera, no se requiere que la administración ratifique su prohibición para la importación o exportación. Basta con que la prohibición esté prevista en la ley para impedirse su ingreso o salida del país, no requiriéndose del pronunciamiento de la autoridad administrativa aduanera.

15. En el caso de la mercancía restringida, por otro lado, las restricciones a su importación también se encuentran descritas en la ley, obedecen al principio de legalidad. En el caso de autos, la restricción de la importación de vehículos usados está señalada en el Decreto Legislativo N°843 y sus modificatorias, y los requisitos para su ingreso al País, también están señaladas en la ley, por lo que no se requiere pronunciamiento administrativo de la Administración Aduanera para la definición del concepto de mercancía restringida. Un vehículo usado proveniente del extranjero es una mercancía restringida, por lo que para su ingreso o importación al país debe cumplir con los requisitos que señala la disposición legal correspondiente.

6. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA

A. DELITO DE PELIGRO COMÚN

98

§98. Tenencia ilegal de armas

Casación	194-2014 – ICA
Fecha	22 de julio de 2015
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Villa Stein.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodrígues Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores, Loli Bonilla, Príncipe Trujillo, Hinostroza Pariachi.
Disposiciones estudiadas	Art. 279 del CP

RESUMEN:

El delito de tenencia ilegal de armas es una figura de peligro abstracto, pues no es necesaria la producción de un daño concreto, pues se entiende, que resulta peligroso para la sociedad la posesión de armas sin contar con la autorización administrativa correspondiente.

FUNDAMENTOS:

CUARTO: En esta línea de análisis, el caso sub judice, debe valerse de una interpretación conforme a la finalidad de la norma penal acotada y a su objeto de protección; esto es, en el análisis del núcleo duro de la calificación típica referida a: "... que, ilegítimamente, fabrica, almacena, suministra, o tiene en su poder bombas, armas, municiones o materiales explosivos..."; en estricto el contenido el contenido y alcance del significado de la ilegitimidad en la posesión o tenencia ilegal de armas, los cuales involucran a los supuestos en los que esta situación

de ilegitimidad se originan a partir de una irregularidad administrativa, esto es, falta de renovación de licencia ante el vencimiento expreso; es contrariamente distinto, a la falta de licencia o permiso absoluto para portarlas, lo que anula toda legitimidad en su posesión, lo cual configuraría el ilícito penal de tenencia ilegal de armas de fuego.

QUINTO: De este modo, se advierte que existe la delgada línea de interpretación legal entre la irregularidad administrativa ocasionando una tenencia irregular de un arma de fuego, frente a la inexistencia de licencia, que configura por sí misma, la tipicidad del delito de tenencia ilegal de arma de fuego; lo cual puede ser resuelto al amparo del análisis conforme al fin de protección de la ley penal, propuesta por la moderna teoría de la imputación objetiva, de procedencia del sistema Roxin, por el que prima el ámbito de tutela de la norma penal, debiendo entenderse que la norma penal que regula el delito de tenencia ilegal de armas, está dirigida a preservar la seguridad pública frente al peligro o ejercicio ilegitimo en el uso de un arma que no presenta registro o inscripción en la Administración correspondiente; en consecuencia esa ilegitimidad es absoluta y no relativa; ámbito de tutela que se contrapone respecto de quien habiendo tenido licencia válida para la posesión de armas, se encuentra luego en posesión irregular por efectos de la licencia vencida o no renovada; se abona a esta línea jurisprudencial que: "no se configura el delito de tenencia ilegal de armas, pues el inculpado si poseía licencia para el manejo de su arma y la no renovación de la misma a la fecha en que sucedieron los hechos conlleva a una irregularidad de carácter administrativo, no pasible de sanción penal, toda vez que su posesión si es legítima".

SEXTO: Que, el derecho penal interviene cuando por el carácter de la ofensividad o lesividad de la conducta estos resulten sumamente gravosos , y de ultima ratio; en consecuencia frente a la mera carencia de una autorización estatal, para portar armas, tratándose de armas de propiedad del Estado o armas de uso particular, no se configura el delito de tenencia ilegal de armas, frente al uso clandestino de un bien peligroso, el cual se encuentra desprovisto de todo control de la Administración, esto es presenta una ilegitimidad absoluta por falta de licencia, dado que el encausado inobservó la reglamentación institucional de la Policía Nacional del Perú, conforme al cual debió haberlo internado en los almacenes de la DIVARM-DIRLOG-PNP de conformidad con la Directiva de Órgano DG-PNP Nº 04-20-DIRLOG/PNP del 20 de Octubre de 2009, que dispone que se expida licencia de arma de fuego al personal que se encuentra en situación de disponibilidad y retiro que sea pensionable. Situación que no

le es aplicable por encontrarse en situación de retiro por medida disciplinaria, denotándose la posesión del arma de forma irregular, no obstante que éste no podía renovar la licencia, igualmente existen mecanismos legales y administrativos menos lesivos que el derecho penal para regular esta infracción administrativa, y limitar la intervención del Estado, y de todo su poder coercitivo penal, para sancionar conductas antisociales de lesividad intolerables, lo que significa que sólo se debe acudir al Derecho Penal, cuando fallan las otras formas jurídicas y sectores del Derecho.

99

§99. Tenencia ilegal de armas. Tener licencia vencida para portar armas, ya sea de propiedad del Estado o de uso particular, no configura delito de Tenencia ilegal de armas

Casación	211-2014-ICA
Fecha	22 de julio de 2015
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Villa Stein.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana.
Disposiciones estudiadas	Art. 279° del CP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	4°, 5° y 6° (Fundamentos de derecho)

RESUMEN:

El delito de tenencia ilegal de armas es una figura de peligro abstracto, pues no es necesaria la producción de un daño concreto, pues se entiende, que resulta peligroso para la sociedad la posesión de armas sin contar con la autorización administrativa correspondiente"

FUNDAMENTOS:

EL VOTO DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS VILLA STEIN, RODRÍGUEZ TINEO Y PARIONA PASTRANA ES COMO SIGUE

I. DEL ÁMBITO DE LA CASACIÓN:

PRIMERO: Conforme ha sido establecido por la Ejecutoria de fecha seis de noviembre de dos mil catorce, obrante a fojas veintisiete del cuaderno de casación, **admitió a trámite el recurso de casación, para establecer en sede casatoria, la validez de la distinción entre posesión ilegal e irregular de arma**

de fuego, siendo que el tipo penal no distinguiría entre estos dos aspectos, ni tampoco reduce la ilicitud de la conducta a poseer un arma de origen clandestino, sino que el tipo sanciona la posesión ilegitima, es decir, quien no tiene la autorización para portar un arma ya sea de origen civil o del Estado.

SEGUNDO: El carácter de recurso extraordinario que ostenta la casación se debe a los principios que la gobiernan; por lo tanto, la elaboración de la demanda, la construcción de la proposición jurídica como su tramitación y resolución, se deben desarrollar dentro de una sistemática que le dé orden y coherencia. Entre estos principios debemos destacar el principio de trascendencia, en virtud del cual se subraya que: "En el error judicial, por definición, afecta el debido proceso, por cualquiera de sus vertientes, bien sea de estructura, de garantía o conceptual; o de juicio, que produce una violación de la ley sustancial, bien sea de manera directa o indirecta. **Ese error debe ser, además de grave, de tal magnitud que necesaria e indefectiblemente tenga repercusiones nocivas para la constitucionalidad y legalidad en el resultado de la sentencia para el impugnante, que si no se hubiera presentado, fuera favorable ese resultado, o menos gravoso.**

El error en sí mismo no es causal de casación, sino en cuanto produce un efecto sobre la sentencia. De manera que el error inprocedendo o in indicando, que tiene vocación para que prospere un recurso extraordinario de casación, no es cualquiera, porque en la actividad judicial, por ser actividad humana, se come ten errores, que no tienen la entidad ni la importancia para ser demandables. Incluso existiendo errores graves, algunos no tienen trascendencia en la sentencia.

El cargo desarrollado por el impugnante extraordinario debe sobrepasar el ámbito de la disidencia propia de las instancias. Por lo mismo, el censor, en la construcción de la proposición jurídica, necesaria e indefectiblemente, para que sea completa y correcta, debe identificar y mostrar el error, catalogándolo como de procedimiento o de juicio, los dispositivos jurídicos vulnerados y, además, **mostrar la trascendencia de ese error y sus perniciosos efectos en los resultados de la sentencia.** Según ERNESTO GARCÍA MAAÑON: "[...] el vicio debe recaer en un acto que haya determinado la decisión contenida en el fallo de modo esencial. Dicha condición se percibe mediante el empleo del método de supresión mental hipo tética, por el **cual, eliminando el acto viciado mediante una conjetura, se advierte que la sentencia hubiera resultado diferente. El caso contrario, el recurso devendría en una cuestión abstracta**"[30].

---

[30] Rodríguez Choconta, Orlando Alfonso, Casación y Revisión Penal, Editorial Temis, Bogotá 2008, p.83

TERCERO: Fijado lo anterior, debemos puntualizar que el representante del Ministerio Público, denuncia que la sentencia absolutoria vulneró la "correcta aplicación o adecuada interpretación de la ley penal", referido a la posesión o tenencia ilegal de un arma de fuego de quien inicialmente detentó su posesión con una licencia válida y vigente en su condición de miembro de la Policía Nacional del Perú, hasta el momento en el que fue pasado a la situación de retiro, sobre el cual mantuvo su posesión de forma ilegal hasta el momento de su intervención, configurando con ello el delito de tenencia ilegal de arma de fuego.

De lo esbozado, debe precisarse que el delito de tenencia ilegal de armas de fuego, previsto en el artículo doscientos setenta y nueve del Código Penal, que tiene como objeto de protección o tutela la seguridad de la comunidad frente a riesgos por la libre circulación y tenencia de armas de fuego, que no se encuentren bajo registro o control; esto es, la restricción del uso ilegítimo de un arma, que incrementa su mayor peligrosidad, si se encuentra desprovisto de todo control de la Administración; lo cual resulta útil a efectos de incorporar un baremo de legitimidad a la intervención del derecho penal.

CUARTO: En esta línea de análisis, en el caso sub judice, debe valerse de una interpretación conforme a la finalidad[31] de la norma penal acotada y a su objeto de protección; esto es, en el análisis del núcleo duro de la calificación típica referida a: "... que, ***ilegítimamente***, fabrica, almacena, suministra o ***tiene en su poder*** bombas, armas, municiones o materiales explosivos..."; en estricto el contenido y alcance del significado de la ilegitimidad en la posesión o ***tenencia ilegal*** de armas, los cuales involucran a los supuestos en los que esta situación de **ilegitimidad** se originan a partir de una irregularidad administrativa [32], esto es, falta de renovación de la licencia ante el vencimiento expreso; es contrariamente distinto, a la falta de licencia o permiso absoluto para portarlas, lo que anula toda legitimidad en su posesión, lo cual configuraría el ilícito penal de tenencia ilegal de armas de fuego.

QUINTO: De este modo, se advierte que existe la delgada línea de interpretación legal entre la irregularidad administrativa ocasionando una **tenencia irregular** de un arma de fuego, frente a la inexistencia de licencia, que configura por sí misma, la tipicidad del delito de **tenencia ilegal** de arma de fuego;

---

[31] Estos es, deberá emplearse los criterios de interpretación teleológicos, lo cual se plasma: "cuando se busca el sentido o finalidad de la norma". Villa Stein, Javier. Derecho Penal Parte General. Lima: Grijley 2008, p. 137

[32] En referencia a la carencia de algún elemento esencial que le dote de validez para su ejecutabilidad.

lo cual puede ser resuelto al amparo del análisis conforme al fin de protección de la ley penal[33] , propuesta por la moderna teoría de la imputación objetiva, de procedencia del sistema Roxin, por el que prima el ámbito de tutela de la norma penal, debiendo entenderse que la norma penal que regula el delito de tenencia ilegal de armas, está dirigida a preservar la seguridad pública frente al peligro o ejercicio ilegitimo en el uso de un arma que no presenta registro o inscripción en la Administración correspondiente; en consecuencia esa **ilegitimidad es absoluta** y no relativa; ámbito de tutela que se contrapone respecto de quien habiendo tenido licencia válida para la posesión de armas, se encuentra luego en posesión irregular por efectos de la licencia vencida o no renovada; se abona a esta línea jurisprudecial que: "no se configura el delito de tenencia ilegal de armas, pues el inculpado si poseía licencia para el manejo de su arma y la no renovación de la misma a la fecha en que sucedieron los hechos conlleva a una irregularidad de carácter administrativo, no pasible de sanción penal, toda vez que su posesión si es legítima"[34].

SEXTO: Que, el derecho penal interviene cuando por el carácter de la ofensividad o lesividad[35] de la conducta estos resulten sumamente gravosos[36] , y de ultima ratio[37] ; en consecuencia frente a la mera carencia de una autorización estatal, para portar armas, **tratándose de armas de propiedad del Estado o armas de uso particular, no se configura el delito de tenencia ilegal de armas, frente al uso clandestino de un bien peligroso, el cual se encuentra desprovisto de todo control de la Administración**, esto es presenta una ilegitimidad absoluta por falta de licencia, dado que el encausado inobservó la reglamentación institucional de la Policía Nacional del Perú, conforme al cual debió haberlo internado en los almacenes de la DIVARM-DIRLOG-PNP de conformidad con la Directiva de Órgano DG-PNP Nº 04-20-DIRLOG/PNP del 20 de Octubre de 2009, que dispone que se expida licencia de arma de fuego al personal que se encuentra en situación de disponibilidad y retiro que sea pensionable. Situación que no le es aplicable por encontrarse en situación de retiro por medida disciplinaria,

---

33 Conforme a este principio "antes de imputar un resultado hay que atender al objeto de tutela de la norma". VILLA STEIN, JAVIER. Derecho Penal Parte General. Lima: Ara Editores, p. 301.

34 El Código Penal en su jurisprudencial. Gaceta Jurídica. Primera edición. Mayo 2007. Primera reimpresión octubre 2007. LimaPerú, p. 353

35 La lesividad en el derecho penal debe preconizar su intervención mínima.

36 Carácter fragmentario del derecho penal.

37 El derecho penal debe actuar en forma subsidiaria en la protección de bienes jurídicos, de modo tal que sólo se puede hacer intervenir, cuando no existan otros medios e solución social del problema; en Villavicencio Terreros, Felipe; Derecho Penal. Parte General. Grijley. Lima, 2006, p. 93.

denotándose la posesión del arma de forma irregular, no obstante que éste no podía renovar la licencia, igualmente existen mecanismos legales y administrativos menos lesivos que el derecho penal para regular esta infracción administrativa, y limitar la intervención del Estado, y de todo su poder coercitivo penal, para sancionar conductas antisociales de lesividad intolerables, lo que significa que sólo se debe acudir al Derecho Penal, cuando fallan las otras formas jurídicas y sectores del Derecho.

100

§100. Tenencia ilícita de armas de fuego y municiones

Recurso de nulidad	357-2018-ÁNCASH
Fecha	4 de octubre de 2018
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Príncipe Trujillo.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Figueroa Navarro, Príncipe Trujillo, Sequeiros Vargas, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Arts. 279, 279-G del CP.

RESUMEN:

El tipo penal es uno de peligro abstracto o difuso, distinto al de mera actividad. Esto significa que solo se infringe el precepto legal del artículo 279 del Código Penal cuando se posee un material prohibido que tiene entidad para crear un peligro concreto en la seguridad común. La potencialidad del peligro es un elemento del tipo que requiere de prueba objetiva que así lo acredite, como la pericia balística.

FUNDAMENTOS:

QUINTO. El delito de tenencia ilícita de armas y municiones es uno de peligro abstracto o difuso, que posee como bien jurídico tutelado la seguridad pública, en tanto que "se alteran las condiciones de seguridad común, y no solo el sentimiento de tranquilidad pública"[38]. Aunque el objeto de tutela esté integrado por un peligro abstracto, tiene que verificarse la conversión de ese peligro hipotético en uno real y efectivo, pues la intervención penal solo resultará justificada en los

[38] ALBERTO DONNA, Edgardo. Derecho penal. Parte especial. Tomo II-C. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Edites, p. 92.

supuestos en que el arma o el material objeto de la tenencia posean una especial potencialidad lesiva.

De ahí que, aunque el tipo penal no lo especifique o desarrolle de forma expresa, es imprescindible a la hora de interpretar el precepto que se verifique que el arma u el objeto está en condiciones de funcionar con la posibilidad de crear un peligro en la seguridad ciudadana[39].

SEXTO. Tanto el Tribunal como el fiscal superior se limitaron a cotejar si se incumplió la prohibición penal de tener armas y municiones para erigir sobre ello el juicio de condena, como si el tipo penal constituyera un ilícito meramente formal que penalizara el incumplimiento de una prohibición administrativa[40]. La sentencia recurrida hace una remisión ciega del artículo 279 del Código Penal a la legislación administrativa, sin verificar si los objetos incautados estaban en condiciones de funcionar, esto es, que eran idóneos para crear un peligro a la seguridad ciudadana e indirectamente a la vida y la integridad física de las personas.

SÉPTIMO. En estricto respeto del principio de legalidad penal, ha de procederse conforme a la facultad conferida por el inciso 1 del artículo 298 del Código de Procedimientos Penales y disponerse la realización de un nuevo juicio oral por otro Colegiado Superior, en el que deberá actuarse la pericia balística respectiva que determine el funcionamiento del material incautado, tanto más si el procesado Máximo Quezada Castillo solo reconoció la posesión de dos escopetas de caza que habría usado para cuidar a sus animales del abigeato.

Además, añadió que no estuvo presente al momento de la intervención policial, que su esposa fue privada de su libertad por espacio aproximado de año y medio y, luego, fue absuelta por otro Tribunal Superior por los mismos hechos. Aunque aquella firmó el acta de incautación e intervención domiciliaria, el encausado recurrente precisa que no sabe leer ni escribir.

OCTAVO. Corresponde verificar de oficio la situación jurídica del procesado, quien fue privado de su libertad el veinte de noviembre de dos mil diecisiete, en virtud del mandato de detención que se le impuso en el auto apertorio de instrucción, del veintisiete de junio de dos mil cinco, obrante a foja 64.

Desde aquella fecha hasta la actualidad han pasado quince meses y diecinueve días, por lo que se ha superado en exceso la duración de la prisión

---

39 En igual sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo Español 102/2007, del dieciséis de febrero de dos mil siete.

40 Según la Ley número 30299 (Ley de armas de fuego, municiones, explosivos, productos pirotécnicos y materiales relacionados de uso civil).

preventiva prevista en el inciso 1 del artículo 272 del Código Procesal Penal, cuya vigencia a nivel nacional fue introducida con el Decreto Legislativo número 1307, publicado el treinta de diciembre de dos mil dieciséis –y su vigencia se dio a los noventa días de su publicación en el diario oficial El Peruano–.

Por tales razones, ha de disponerse la inmediata libertad del procesado Máximo Quezada Castillo, siempre que no exista contra él otro mandato u orden de detención emitido por autoridad competente. Sin perjuicio de ello, de acuerdo con la facultad conferida por el artículo 273 del Código Procesal Penal, corresponde dictar las medidas restrictivas necesarias para asegurar la presencia del encausado en el nuevo juicio oral.

B. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

101

§101. Delito de TID, correo de drogas, y su agravante

Acuerdo Plenario	3-2008/CJ-116
Fecha	18 de julio de 2008
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	Villa Stein y San Martín Castro.
Jueces Supremos	Gonzáles Campos, Villa Stein, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Valdez Roca, Rojas Maraví, Ponce De Mier, Molina Ordoñez, Santos Peña, Vinatea Medina, Príncipe Trujillo, Pariona Pastrana, Zecenarro Mateus, Calderón Castillo y Urbina Ganvini.
Disposiciones estudiadas	Art. 297º.6 del CP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	7° al 10°

RESUMEN:

Para ser considerado autor del delito de TID ***es suficiente el mero acuerdo previo entre los sujetos,*** *sin que sea imprescindible que haya existido ya la repartición de roles concretos y de las función que deberán ejecutar cada uno de ellos; siempre que su concreta conducta contribuya a promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.*

Por ello, ***a pesar que el "correo de drogas" sólo interviene en el transporte y es ajeno al núcleo de personas que lo captaron e hicieron posible el propio acto de transporte, se le considera autor del delito de TID****. Sin embargo, para que a dicho sujeto le alcance la agravante regulada en el inciso 6) del art. 297º CP, el sujeto activo ha de estar involucrado o haber participado en otras fases o actividades distintas de las propias o específicas del acto singular de transporte.*

FUNDAMENTOS:

"**6°.** El inciso 6) del artículo 297° del Código Penal, en el texto establecido por el Decreto Legislativo número 982, del veintidós de julio de dos mil siete, que por lo demás respeta la norma que lo introdujo (parcialmente la norma originaria aprobada por Decreto Legislativo número 635, del ocho de abril de mil novecientos noventa y uno; artículo 297°.1), y, con una mayor identidad, la Ley número 26619, del nueve de junio de mil novecientos noventa y seis, aunque incorporó, conforme a la Ley número 28002, del diecisiete de junio de dos mil tres, el supuesto de "*...dedicación a la comercialización de insumos para su elaboración*"), comprende, alternativamente, dos circunstancias agravantes referidas a la comisión del tráfico ilícito de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas: la ***primera***, cuando el hecho es cometido por tres o más personas; y, la ***segunda***, cuando el hecho es cometido por el agente en calidad de integrante de una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas o a la comercialización de insumos para su elaboración.

7°. En materia de análisis la primera circunstancia que integra el sub tipo legal agravado de tráfico ilícito de drogas, esto es, cuando "el hecho es cometido por tres o más personas...". Desde esta perspectiva, es de analizar si es posible subsumir dentro sus disposiciones la conducta de los denominados "correos de droga" o "burriers" (jerga que combina los vocablos "burro" y "courier").

Se trata de individuos que se desplazan usualmente por vía aérea o terrestre transportando droga – usualmente, cocaína, marihuana u opio- en sus bienes personales, en paquetes adheridos al cuerpo, en cápsulas ingeridas previamente al inicio del viaje o contenedores colocados en otras cavidades del cuerpo. Ello implica, por lo demás, reconocer la existencia de organizaciones o agrupación de personas que se dedican a captar personas, las cuales pasan, en algunas oportunidades, sin ser descubiertas por la autoridad pública – agentes de Aduanas, personal de seguridad de Aeropuertos y efectivos policiales de control de carreteras-.

Desde la experiencia criminalística, en muchas ocasiones, se detiene a esas personas sin que se logre identificar cabalmente a los que se dedican a reclutar personas con la finalidad de transportar droga o precursores y, en su caso, sin que se descubra la estructura y lógica de funcionamiento de las organizaciones criminales, que por lo general están detrás de ese acto de transporte delictivo.

8º. El presupuesto para determinar la punición de los "correos de droga" es el conocimiento que tienen de estar transportando droga o precursores –objeto material del delito- y que su conducta contribuye a difundir el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas: conciencia de ilicitud del transporte de tales bienes delictivos. Su conducta ha de ser dolosa –que incluye el conocimiento que dichas sustancias se distribuirán a terceros-, pues de lo contrario incurrirían en error de tipo (Joshi Jubert, Ujala: Los delitos de tráfico de drogas. Un estudio analítico del artículo 368º del Código Penal. J.M Bosch Editor, Barcelona, mil novecientos noventa y nueve, páginas ciento ochenta y cuatro).

Asimismo, y con carácter previo a la dilucidación de la aplicación de la referida circunstancia agravante prevista en el primer extremo del inciso 6) del artículo 297º del Código Penal y de cara al planteamiento inicial del problema objeto de análisis, resulta necesaria la intervención de tres o más personas en el planeamiento y ejecución del acto de transporte. Se requiere, entonces, que el agente pueda advertir la concurrencia en el hecho – en sus diversas facetas e indistintamente- de tres a más personas, de una red de individuos (a modo de ejemplo, y por lo común: quienes lo captan, luego le entregan la droga o precursores, a continuación lo ayudan a esconderla o le prestan asistencia, y, finalmente, la reciben en el lugar acordado). Debe acreditarse, por tanto, un concierto punible de tres o más individuos, entre los que debe encontrarse el agente en cuestión. Basta, en este caso, una simple consorciabilidad para el delito, una ocasional reunión para la comisión delictiva.

9º. Como es obvio, el tipo legal siempre hace referencia al autor del hecho que criminaliza. Éste debe realizar la conducta penalmente prohibida. El supuesto de hecho de la norma básica: artículo 296º del Código Penal, desde los medios legalmente exigidos para la promoción, favorecimiento y facilitación del consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, comprende los actos de fabricación o de tráfico, y éste último importa, dentro del ciclo que involucra, el transporte de las mismas o de precursores. El tráfico –enderezado a la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas- se refiere a todo acto de comercio, de negociación o de transferencia de bienes- delictivos en este caso-, y comprende las diversas actividades que le son inherentes, entre

ellas las de distribución y de transporte, que en este último supuesto ha de entenderse el acto de desplazamiento de dichas sustancias de un lugar a otro, con independencia de la distancia, el medio utilizado y la forma de posesión.

El "correo de drogas", desde la tipología destacada en el fundamento jurídico 7º del presente Acuerdo Plenario, sólo interviene en el transporte, y es ajeno al núcleo de personas, integradas o no a una organización criminal, que lo captaron e hicieron posible el propio acto de transporte. Su labor se circunscribe a trasladar, instrumentalmente, los bienes delictivos, sin interesar por cuenta de quien realiza el transporte.

Así las cosas, el delito es una obra conjunta, realizada dentro de un plan común, de todos los que han participado en la preparación y en la ejecución del acto de transporte de bienes delictivos, conducta en la que obviamente está incurso el "correo de drogas". Este último es, por tanto, autor, más allá si, visto globalmente, existe de su parte un menor dominio cuantitativo en el hecho global, la conducta de tener la droga en su poder, con la finalidad de transportarla a otro lugar por encargo de un tercero o terceros, no puede ser calificada sino como autoría; la actividad del transportista, del "correo de drogas", aún cuando subordinada en el aspecto económica a la figura principal del titular del bien delictivo, no lo es desde el punto de vista jurídico atento a la amplitud del tipo legal. No se trata de un supuesto muy excepcional de favorecimiento al favorecedor, vale decir, de conductas auxiliares de segundo orden, periféricas, respecto de quien realiza un concreto acto de tráfico, que importaría calificarlo de cómplice secundario.

En tal virtud, desde los términos tan amplios establecidos por el tipo legal básico, todos los concertados para la actividad de tráfico de drogas – en este caso, de transporte- son autores. Basta el previo acuerdo entre los sujetos con independencia de cual es el rol concreto a ejecutar por cada uno de ellos, siempre que su concreta conducta contribuya a promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

10º. Ahora bien, el sub tipo agravado examinado, cuando exige que el hecho se cometa por tres o más personas, debe ser interpretado desde los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Por tanto, no sólo requiere el simple concierto de tres o más personas en el acto de transporte, que el "correo de drogas" – por ser tal- sea un coautor, pues de ser así, perdería sentido

o se vaciaría de contenido los supuestos de codelincuencia, que están en la propia esencia o expresión criminológica de un delito como el tráfico ilícito de drogas, y la regularidad y coherencia de la aplicación del tipo legal básico del artículo 296º del Código Penal.

Debe entenderse que la circunstancia agravante comprende necesariamente un nexo más intenso y efectivo del agente con los demás coautores en el acto de transporte y de tráfico, en general. El sujeto activo no sólo ha de realizar exclusivas labores de transporte ocasional del bien delictivo y a título individual (si en el acto de transporte, concertadamente intervienen tres o mas personas, la conducta en cuestión será subsumida en el sub tipo legal agravado en cuestión) -ese el rol típico del "correo de drogas-, sino que su intervención en el hecho total debe expresar y concretar un vinculo más intenso y reforzado con los titulares de las drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o precursores, o con quienes están involucrados con cierta relevancia en todo el circuito de distribución de los mismos.

El sujeto activo ha de estar involucrado o haber participado en otras fases o actividades distintas de las propias o específicas del acto singular de transporte, tales como: ***(1)*** La obtención, en cualquiera de sus variables y de manos de terceros, de los citados bienes delictivos, o ***(2)*** la determinación o ubicación autónoma de los que recibirían tales bienes; asimismo, en la realización de otras fases, esta vez no anteriores o inmediatamente posteriores al transporte, pero concomitantes, en tanto sean funcionales y de aportación no reemplazables al transporte; ***(3)*** Actos de intermediación, ***(4)*** Actos de guarda previa o almacenaje, ***(5)*** Actos de aportación de personas o bienes instrumentales, entre muchas conductas de similar entidad valorativa.

El agente, en consecuencia, ***ha de haber realizado aquellas conductas que, además del mero acto de traslado de drogas tóxicas***, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o precursores, ***significan un nexo más intenso***, aun cuando ocasional, con los individuos que condicionan y están alrededor de la concreción o materialización del transporte, de suerte que permita concluir que su rol no es meramente periférico o marginal sino, al menos, de cierta entidad, en la finalidad y efectividad del transporte. ***En ese caso el agente ya no sería un mero "correo de drogas" sino un coautor*** incurso en el sub tipo agravado del inciso 6) artículo 297 del Código Penal, y como tal deberá ser sancionado".

102

§102. Tráfico Ilícito de Drogas: intervención de tres o más agentes. Reglas de interpretación

Acuerdo Plenario	3-2005/CJ-116
Fecha	30 de setiembre de 2005
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	Lecaros Cornejo.
Jueces Supremos	Sivina Hurtado, Gonzáles Campos, San Martín Castro, Palacios Villar, Lecaros Cornejo, Balcazar Zelada, Molina Ordóñez, Barrientos Peña, Vega Vega y Príncipe Trujillo.
Disposiciones estudiadas	Art. 297º.6 del CP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	7º

RESUMEN:

La agravante del delito de TID regulada en el inciso 6 del art. 297º CP ***exige que cada participante conozca la intervención de los demás sujetos en la comisión del delito,*** *de forma que no es suficiente la mera existencia o concurrencia de una pluralidad de agentes.*

FUNDAMENTOS:

"**6º.** La primera parte del inciso 6 del artículo 297º del Código Penal, modificado por la Ley 28002, del diecisiete de junio de dos mil tres, conmina con pena privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinticinco años, ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación, cuando el delito de tráfico ilícito de drogas es "... *es cometido por tres o más personas...*"

7º. El objeto de la norma antes descrita es sancionar con severidad -por su carácter agravado- a quienes participan en la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas en tanto integran un conjunto de tres o más personas. A este respecto es de destacar y señalar que:

a. La sola existencia o concurrencia, sin más, de una pluralidad de agentes (tres o más) en la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas no tipifica la circunstancia agravante del artículo 297º.6 del Código Penal, pues tal consideración violaría el principio de proscripción de la responsabilidad objetiva (artículo VII del Título Preliminar del Código Penal).

b. La simple ejecución del delito, sin que exista concierto entre por lo menos tres participantes, no es suficiente para concretar la circunstancia agravante antes citada. Es imperativo el conocimiento por parte de cada participante de la intervención de por lo menos tres personas en la comisión del delito. Es decir, la existencia e intervención de tres o más agentes en el tráfico ilícito de drogas debió ser para el agente, por lo menos, conocida y contar con ella para su comisión, para que su conducta delictiva pueda ser subsumida en el citado inciso 6) del artículo 297° del Código Penal.

c. Es entonces el ***conocimiento***, según las pautas ya descritas, un elemento esencial que debe estar presente y ser ponderado por el órgano jurisdiccional. Si quien participa en el hecho, como parte de un plan determinado, no conoce que en el mismo intervienen -o necesariamente intervendrán- por lo menos tres personas, incluida él, no será posible ser castigado por dicha agravante.

d. La decisión conjunta o común del hecho en sus rasgos esenciales de por lo menos tres personas, sin perjuicio de su concreta actuación material, es esencial para poder vincular funcionalmente los distintos aportes al delito en orden a la agravante en mención. Al no presentarse tal decisión, que exige el conocimiento de la intervención de por lo menos otras dos personas, no será posible calificar el hecho, para la persona concernida, en el inciso 6) del artículo 297° del Código Penal."

103

§103. Adecuación de penas por modificaciones de la Ley Nº 28002-TID

Recurso de nulidad	352-2005-CALLAO
Fecha	16 de marzo de 2005
Procedencia	Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República
Jueces Supremos	Villa Stein, Valdez Roca, Ponce De Mier, Quintanilla Quispe y Prado Saldarriaga.
Disposiciones estudiadas	Ley 28002
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	6°

RESUMEN:

*Los **criterios de sustitución** establecidos por la Ley N° 28002 indican que, PRIMERO, si la pena impuesta fue mayor a la del nuevo máximo, se reducirá al nuevo máximo legal; SEGUNDO, que si la pena impuesta fue el mínimo anterior, se convertirá en el nuevo mínimo legal; TERCERO, que si fue inferior al mínimo anterior, pero mayor del nuevo mínimo, se reducirá al nuevo mínimo legal; y, CUARTO, que si fue inferior al nuevo mínimo legal y menor al nuevo mínimo legal y menor al nuevo máximo de la pena del tipo base, no se podrá reducir la pena.*

FUNDAMENTOS:

"**6º.** Que para una sustitución adecuada y razonable de una pena impuesta en aplicación de las partes conminadas en los artículos doscientos noventiseis y doscientos noventisiete del Código Penal antes de la Ley número veintiocho mil dos y para evitar una valoración que lleve a una nueva pena concreta, el Pleno Jurisdiccional de Trujillo acordó los siguientes criterios de sustitución: ***a)*** Si la pena impuesta fue mayor a la del nuevo máximo, se reducirá al nuevo máximo legal; ***b)*** Si la pena impuesta fue el mínimo

anterior, se convertirá en el nuevo mínimo legal; ***c)*** Si la pena impuesta fue inferior al mínimo anterior, pero mayor del nuevo mínimo, se reducirá al nuevo mínimo legal; ***d)*** Si la pena impuesta fue inferior al nuevo mínimo legal y menor al nuevo mínimo legal y menor al nuevo máximo de la pena del tipo base (artículo doscientos noventa y seis), no se podrá reducir la pena."

104

§104. La configuración de la agravante por la condición especial de profesional sanitario en el delito de tráfico ilícito de drogas

Casación	738-2014 – CAJAMARCA
Fecha	29 de setiembre de 2015
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodrígues Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores, Loli Bonilla.
Disposiciones estudiadas	Art. 296° y 297° del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	2°, 2.2°, 2.3° y 2.4°.

RESUMEN:

Para configurar la agravante por tráfico ilícito de drogas, contenida en el inc. 3 del artículo 297°, el sujeto activo debe cumplir con las siguientes condiciones: a) Posea título profesional universitario, es decir, el sujeto activo debe haber obtenido la licenciatura en la especialidad de alguna profesión sanitaria. b) Ser miembro de un Colegio Profesional, pues el agente deberá encontrarse habilitado para ejercer su profesión por un Colegio Profesional; c) Realizar conductas destinadas al tráfico ilícito de drogas en el desarrollo de sus actividades profesionales, pues el agente deberá realizar el injusto de acuerdo con las funciones propias de su profesión.

FUNDAMENTOS:

ANÁLISIS JURÍDICO-FÁCTICO DEL CASO CONCRETO

2.2: A criterio de este Tribunal Supremo, la agravante sub examine se funda en la deslealtad del profesional sanitario de cautelar la salud de los ciudadanos y

de alertar a sus pacientes de las consecuencias perjudiciales del consumo habitual de drogas. De lo que se desprende que para configurar dicha agravante no solo se requiere que el imputado tenga la condición de "profesional sanitario o de salud", sino que su accionar delictivo se haya verificado en el contexto y aprovechando el ejercicio de su condición de tal, con las posibles consecuencias de riesgo para la salud que trae el consumo ilegal de estupefacientes.

2.3: Considerar la configuración de la agravante por la mera condición de "profesional sanitario" importaría la implantación de una forma de Derecho Penal de autor, incompatible con un Estado constitucional de Derecho que se garantiza. Por tanto, no se puede admitir que la imposición de la pena se sustente o se incremente en razón de aspectos de la vida o personalidad del autor.

2.4: De este modo, la referida agravante se configurará cuando el sujeto activo cumpla con las siguientes condiciones: a) Posea título profesional universitario, es decir, el sujeto activo debe haber obtenido la licenciatura en la especialidad de alguna profesión sanitaria. b) Ser miembro de un Colegio Profesional, pues el agente deberá encontrarse habilitado para ejercer su profesión por un Colegio Profesional; c) Realizar conductas destinadas al tráfico ilícito de drogas en el desarrollo de sus actividades profesionales, pues el agente deberá realizar el injusto de acuerdo con las funciones propias de su profesión.

105

§105. Alcances interpretativos de la circunstancia agravante por la condición de educador prevista en el inciso 2 del art. 297 del CP

Casación	126-2012-CAJAMARCA
Fecha	13 de junio del 2013
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Jueces Supremos	Villa Stein, Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Rozas Escalante y Salas Arenas.
Derecho Penal	Alcances interpretativas de la circunstancia agravante por la condición de educador prevista en el inciso 2 del art. 297 del CP.
Disposiciones estudiadas	Art. 297°.2 del CP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	2.4° al 2.9°

RESUMEN:

Los requisitos que exige el inciso 2 del artículo 297° de nuestro CP. para la configuración de la agravante son las siguientes: Que el ***sujeto quien ejerce la posición funcional como educador –así tenga o no título profesional-, tenga una cercanía y autoridad frente a los estudiantes****, estos últimos deben estar en una situación donde aún no hayan alcanzado la edad suficiente que les permita comprender las posibles consecuencias del consumo de drogas o estupefacientes. Todo esto tiene que derivar a una deslealtad con la causa pública de la educación así como una mayor facilidad para la difusión de drogas en su entorno.*

FUNDAMENTOS:

2.4. A criterio de este Supremo Tribunal, la agravante sub exánime, **se funda en la deslealtad con la causa pública y la mayor facilidad y trascendencia para la difusión de drogas en el entorno del educador**, esto es, la mayor cercanía

y autoridad frente a grupos de estudiantes, recalcando que es determinante el título y/o la posición funcional como educador en cualquier nivel de enseñanza.

De lo que se desprende que **para configurar dicha agravante no solo se requiere que el imputado tenga la condición de educador, sino que su accionar delictivo se haya verificado en el contexto y aprovechando el ejercicio de su condición de tal, con el consiguiente grave riesgo de los alumnos sea que no hubieran alcanzado una edad que les permita comprender las posibles consecuencias del consumo al que pudieran ser incluidos por el comportamiento de su maestreo o que pudieran ser influidos negativamente, pese a su mayoridad al consumo de estupefacientes.**

2.5. En dicha línea argumental, cabe subrayar que tal agravante es independiente de la que correspondería si **el sujeto activo del delito además se sirva de los menores para la comisión del hecho delictivo, prevaliéndose de su situación de ascendencia sobre ellos o si traficara en sede educativa o su entorno, en cuyo caso se configuraría concurso de agravaciones.**

2.6. El considerar el solo hecho de la condición de docente (profesional o no profesional) importaría la implantación de una forma de derecho penal de autor que el Estado democrático recusa y que daría lugar a paradojas tales como castigar por la modalidad agravada al profesor graduado que nunca ejerció la docencia que hubiera perpetrado tráfico ilícito de drogas sin nexo alguno con la actividad educativa.

2.7. A raíz de lo expuesto, la configuración de la referida agravante estará suspendida a la verificación de los siguientes elementos: **a.-** De modo general la agravante se funda en la deslealtad con la causa pública de la educación y la mayor facilidad y trascendencia para la difusión de drogas en su entorno de población vulnerable; **b.-** El agente tiene profesión de educador, de lo que se exige como medio probatorio, a modo general, el título profesional de educador; **c.-** El agente se desempeña como educador (sin titulación) en cualquier nivel de enseñanza; **d.-** El accionar delictivo debe viabilizarse en el entorno educativo, en cuyo contexto el sujeto activo instrumentaliza su condición de educador; **e.-** Pero el hecho puede ser adicionalmente cometido en el interior o en otros ambientes vinculados a la enseñanza, verbigracia centros deportivos donde se practica deporte, dada que el mayor reproche se funda en que hay mayor capacidad de difusión de la droga porque la oferta se puede hacer llegar a un mayor número de personas vulnerables.

2.8. Aunado a ello, es preciso resaltar que cuando el legislador incorporó dicha figura a la ley tuvo en miras prevenir desde el inicio el consumo de drogas de los educandos que concurren a un establecimiento público o privado, debido a

que la ley no distingue a formarse. Nada puede ser más nefasto, para quien busca tomar una educación sana en el más puro sentido, que se le proporcione droga para que consuma. No hacía falta que la ley pusiera énfasis en aclarar; abusando de sus funciones específicas, en virtud de que ninguna función, aún administrativa, puede estar relacionada con el delito de tráfico ilícito. Valga recordar que educar es encaminar, dirigir, doctrinar a la par que también implica desarrollar las facultades intelectuales y morales de quien recibe esa educación, por medio de preceptos, ejercicios y primordialmente (...)[41].

2.9. Es de anotar que la ley no ha establecido circunstancia especial vinculada a la edad de las víctimas (alumnos o estudiantes) por lo que no existe referente etário que implique mayor desvalor específico, cuando no, es su caso de orden genérico (artículo 46 del Código Penal).

FUNDAMENTO DEL VOTO SINGULAR:

PRIMERO: DE LA PENA DE MULTA

1.1. La aplicación de la pena de multa por los tribunales sentenciadores suscita problemas de diferente calado; así por ejemplo, Du Puit ha puntualizado, que: a. La multa es una pena destinada, sobre todo, a ser aplicada en los casos en que el procesado tiene capacidad económica para soportarla. Esto solo constituye una manifestación del criterio general de la capacidad de ser sometido a una pena. Su imposición pierde todo sentido y eficacia cuando es impuesta a quien carece de dicha capacidad. En este caso, será sentida como una doble injusticia social: agravación de la desigualdad social por razones económicas[42]; y b. Junto

---

[41] ABEL CORNEJO, Estupefacientes – Segunda Edición actualizada - Editorial Ribunzal Culsoni Editores – 2009, Argentina, pp. 176-177.

[42] Si no queda más remedio que hacer uso de criterios genéricos por falta de datos suficientes acerca de la situación económica del acusado, creo que lo más adecuado es acudir al principio in dubio pro reo, y optar, en consecuencia, por la solución que resulte más favorable para el acusado. En la práctica, el criterio apuntado supondrá fijar la cuota diaria de multa en la cuantía mínima prevista por la ley, salvo en aquellos casos en los que se disponga de datos que, aun siendo incompletos, revelen que el acusado tiene capacidad económica para soportar el pago de una multa con una cuota diaria superior a la mínima legal. Claro está, esa solución puede conducir a imponer multas ínfimas a condenados que, tal vez, cuenten con recursos económicos suficientes para afrontar el pago de una multa de importe más elevado. Pero resulta preferible asumir este riesgo en vez de atribuir al acusado, sin ningún fundamento objetivo ni datos acreditados, una capacidad económica que puede ser realmente inexistente, y que, a la postre, puede dar lugar a la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria de aquel por imposibilidad de hacer efectivo el pago de la multa. Al fin y al cabo, estamos ante una cuestión que si bien no afecta a la determinación de la culpabilidad del acusado, sí incide directamente en la extensión de la pena a imponer, aunque se trate de una pena pecuniaria. Ver CACHÓN CADENAS, Manuel. La

a esta necesidad de volver a plantearse la necesidad de la multa en relación con la realidad social y económica, debe buscarse regularla de manera más simple y coherente en el Código Penal. Ante las deficiencias de la ley, los jueces no deben esperar una modificación de la ley, sino que deben tratar, mediante una interpretación creadora, de corregir las deficiencias y completar las lagunas del texto legal de acuerdo con los principios del Derecho Penal liberal y, en particular, de conformidad con las pautas constitucionales[43].

1.2. En el régimen penal peruano, la capacidad económica se contempla en la graduación del porcentaje como de la sanción, que ha de ser del veinticinco al cincuenta por ciento del ingreso diario del condenado.

1.3. Por su parte, Prado Saldarriaga ha subrayado (en el año mil novecientos noventa y siete) que, de la revisión analítica, recaída sobre una importante muestra del volumen de sentencias condenatorias y dictámenes fiscales que vienen emitiendo los operadores del sistema judicial nacional, desde la vigencia del Código Penal de 1991, se percibió diferentes problemas y distorsiones en la aplicación, determinación y ejecución de la pena pecuniaria. Muchas de las dificultades y errores registrados en el proceder jurisdiccional se deberían, a nuestro entender, a la influencia de distintos factores, cuya etiología resulta ser fundamentalmente de carácter psicosocial. De ellos, cabría mencionar como predominantes a los siguientes. De un lado, la escasa información que se suministra a abogados, jueces o fiscales en la formación universitaria o de capacitación funcional sobre la naturaleza, características y operatividad de las consecuencias jurídicas del delito en general, y de la multa en particular. Y, de otro lado, el escaso valor que el operador judicial parece conceder a las penas no privativas de libertad, las que, las más de las veces, son apreciadas como sanciones leves y poco útiles a objetivos de prevención general. De allí que sea frecuente que la jurisprudencia analizada conceda únicamente la pena privativa de libertad la condición de pena principal[44].

---

pena de días-multa: El difícil juicio sobre la capacidad económica del acusado. En: Problemas actuales de la justicia penal. Joan Picó i Junoy (director), Bosch, Barcelona, 2001, p. 194.

[43] DU PUIT, Joseph. "*La pena de multa*". En: Anuario de Derecho Penal. El sistema de penas del nuevo Código Penal. José Hurtado Pozo (director), Grijley, Lima, 1999, p. 174.

[44] Agregando que generalmente la documentación procesal que hemos revisado presenta los siguientes defectos:

§ Determinación parcial del monto pecuniario de la pena de multa.

§ Percepción errónea de la multa como pena accesoria.

§ Extensión indebida de la suspensión de la ejecución de la pena a la multa.

§ Aplicación errónea de la pena de multa en un régimen de reserva de fallo condenatorio.

1.4. Emerge como común denominador la adopción de una defectuosa técnica legislativa utilizada por el legislador, y como corolario de ello, potenciales errores en materia interpretativa por parte del órgano jurisdiccional sentenciador.

SEGUNDO: AFECTACIÓN DE LA LIBERTAD EN EL PROCESO PENAL

2.1. La libertad es un bien esencial de la dignidad humana (artículo tercero de la Declaración Universal de Derechos Humanos, inciso uno del artículo nueve del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, e inciso sétimo del Pacto de San José de Costa Rica), que se debe afectar en tanto y en cuanto corresponda por mandato judicial, antes de la sentencia penal, con las exigencias que la ley procesal ha establecido para decidir tal medida.

2.2. El Tribunal Constitucional, precisó que: es un derecho fundamental reconocido en la Constitución y, al mismo tiempo, un valor superior del ordenamiento jurídico; sin embargo, su ejercicio no es absoluto e ilimitado, ya que se encuentra regulado y puede ser restringido mediante la ley, conforme lo establece el artículo 2, inciso 24, literal b), de la Norma Fundamental. Por ello, se afirma que no toda restricción o privación al derecho a la libertad individual es per se inconstitucional, pues puede verse legítimamente limitada. Sin embargo, puede verse afectada de manera arbitraria con mandatos de prisión preventiva, sentencias condenatorias o la imposición de una medida de seguridad que derive de una resolución judicial arbitraria expedida con violación al debido proceso[45].

2.3. El descuento ha puesto en el artículo cuarenta y siete del Código Penal (considerado integrum) que en el caso de tratarse de delitos que merezcan pena privativa de libertad y multa, la privación preventiva de libertad nacida en la pena con doble consideración; en la privación de libertad y en su afectación patrimonial [sic].

---

§ Deficiencias en la utilización de las normas sobre cumplimiento del pago de la multa.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor. "Problemas y desarrollos jurisprudenciales en la aplicación de la pena de multa". En: II Congreso Internacional de Derecho Penal. Consecuencias jurídicas del delito. Pontificia Universidad Católica, Ara Editores, Lima 1997, p. 341.

[45] Ver la sentencia emitida en el Exp. N° 03425-2010-PHC/TC-Lima, del 14 de enero de 2011.

TERCERO: DEL DEBER DE LOS JUECES DE MOTIVAR LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICOS PENALES:

3.1. Desde la perspectiva doctrinaria

3.1.1. La determinación de la pena es una de las labores más complejas para los operadores jurídicos penales y, en especial, para los jueces y tribunales. Consiste en el proceso por el que se trasforma una pena imponible, de acuerdo con lo establecido en un determinado tipo penal del Código Penal, y las reglas que conforman la parte general, en la concreta pena correspondiente al responsable de un hecho delictivo, de acuerdo con la gravedad del hecho cometido y sus circunstancias personales. Esta decisión no es arbitraria sino que responde a una serie de procesos, informados por las reglas de la parte general del Código Penal, que el juez debe observar en concordancia con los márgenes de discrecionalidad de que goza.

3.1.2. En el Estado Democrático se impone el postulado del sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del principio de legalidad. Lo anterior significa que tanto la pena, su aplicación e imposición deben estar determinados en una ley previa. De esta manera, el principio de legalidad satisface la exigencia de seguridad jurídica que también constituye una garantía.

3.1.3. Siguiendo a Mir Puig, del principio de legalidad se derivan cuatro garantías específicas, a saber: garantía criminal, garantía penal, garantía jurisdiccional y garantía de ejecución. Y dado el tema de discusión, se debe resaltar que la garantía jurisdiccional exige que la imposición de la pena debe determinarse por medio de una sentencia judicial y según un procedimiento legalmente establecido.[46]

3.1.4. En esta línea argumental, desde la perspectiva de la lex certa, la norma penal debe ser exhaustiva, conteniendo una descripción de la conducta típica sancionada y de la pena aparejada a su violación. Para poder considerar una ley penal como exhaustiva esta debe contener todos los presupuestos que condicionen la pena y determinen la consecuencia jurídica. Estos presupuestos pueden estar presentes en una enumeración expresa de los elementos o bien

---

[46] MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general.* 4ª edición, Reppertor, Barcelona, 1998, p. 77.

en forma implícita siempre que la ley brinde los criterios para deducirlos[47]. La prohibición que da origen a la exigencia de este requisito es la prohibición de las leyes penales indeterminadas.

3.1.5. Finalmente, según Zaffaroni, el principio de legalidad se completa con el denominado principio de reserva legal[48]. Esto significa que la norma penal debe tener rango de ley en sentido estricto, quedando excluidas como fuente de establecimiento de delitos y penas, las normas reglamentarias de la administración, y en general toda norma que no emane del Poder Legislativo. 3.2. Desde la perspectiva constitucional.

3.2.1. El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales constituye un elemento esencial del derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 5 del artículo 139 de la Norma Fundamental, que garantiza el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan, expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables.

3.2.2. En tal sentido, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales implica la exigencia de que el órgano jurisdiccional sustente de manera lógica y adecuada los fallos que emita en el marco de un proceso. Ello no supone en absoluto una determinada extensión de la motivación, sino fundamentalmente que exista: a) fundamentación jurídica, lo que conlleva que se exprese no solo la norma aplicable al caso en concreto, sino también la explicación y justificación de por qué el hecho investigado se encuentra enmarcado dentro de los supuestos que la norma prevé; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que expresan la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y lo pretendido por las partes; y, c)que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun cuando esta sea sucinta, o se establezca el supuesto de motivación por remisión.

---

[47] BACIGALUPO, Enrique. *Principios de Derecho Penal. Parte general.* 2ª edición, Akal, Madrid, 1990, p. 36.

[48] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal. Parte general.* 2ª edición, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 112.

3.2.3. Asimismo, el Supremo Intérprete de la Constitución en relación con la determinación de la pena, afirma que la individualización de la pena privativa de libertad se encuentra fundamentada por el órgano jurisdiccional, cuando la imposición de la pena ha estado precedida de la evaluación de "las circunstancias de la perpetración del evento delictuoso, así como la responsabilidad que tuvo el actor para su comisión, hechos que han sido acreditados en autos", y sustancialmente "que se le impuso una pena de acuerdo al marco normativo que sanciona el citado delito".

CUARTO: ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA Y CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 47 DEL CÓDIGO PENAL

4.1. Conforme a lo expuesto, la configuración y determinación de toda forma de sanción penal está supeditada a la observancia de los principios de legalidad, proporcionalidad y motivación.

4.2. El problema que subyace en el caso sub examine está relacionado con aquellos hechos punibles en donde la pena de multa converge por estar conminada en forma conjunta con una pena privativa de libertad, que puede ser de cumplimiento efectivo o suspendida de efectividad, pero cuando en la investigación se dispuso mandato de detención, que se prolonga hasta dictada la sentencia con o sin privación de libertad efectiva. En tales situaciones, puede ocurrir, por tanto, que el condenado se haya visto privado de su libertad durante todo el discurrir del proceso penal.

4.3. Sentado lo expuesto, en el análisis interpretativo del referido dispositivo legal, resulta relevante tener en cuenta los siguientes aspectos:

i) El primer párrafo del artículo 47 del Código Penal no hace sino demostrar que la privación de la libertad decidida intraproceso penal al decretarse mandato de detención, reviste importancia gravitante para la ejecución y descuento del quántum de la pena privativa de libertad que se fijará en el estadio resolutivo del proceso penal, tan es así que incide en el quántum de la pena impuesta a razón de un día de prisión preventiva por un día de cumplimiento de sentencia.

ii) Por mandato del segundo párrafo del referido artículo, la pena privativa de libertad también surtirá efectos compensatorios y, en su caso cancelatorios, sobre la pena de multa, conforme a lo estipulado en dicha norma ("Si la pena correspondiente al hecho punible es la de multa o limitativa de derechos, la detención se computará a razón de dos días de dichas penas por cada día de detención").

iii) Más allá del reconocimiento legal de los efectos reduccionistas de la privación de libertad como consecuencia de la implementación del mandato de detención, en relación con la pena de prisión sea efectiva o suspendida en una sentencia, a partir del principio de legalidad se concluye que el tiempo de detención sufrido por el procesado debe surtir efectos cancelatorios en la pena de multa, y que todos los jueces deben observar dichos efectos en el momento de imponer la pena de multa, debiendo en su caso descontar o de corresponder, darla por cumplida (compurgada).

4.4. En ese sentido, al haberse configurado la conducta delictiva del encausado bajo los alcances normativos del segundo párrafo del artículo 296 del Código Penal, que sanciona al agente, además de con pena privativa de libertad, con pena de multa de 120 a 180 días multa, se deberá realizar el computo dentro de su extremo mínimo al haberse impuesto la sanción en el extremo mínimo legal, en aplicación del principio de proprocionalidad.

4.5. En consecuencia, en el presente caso, el encausado Arribasplata Vargas honró con su libertad provisionalmente afectada (hasta antes de la emisión de la sentencia de primera instancia) la dimensión temporal y pecuniaria de la multa (pagó con su libertad) conforme es de verse del cuadro ilustrativo que a continuación se presenta:

Cómputo de la pena de multa al amparo del SEGUNDO párrafo del artículo 47 del Código Penal						
Encausado	Fecha de detención	Sentencia de primera instancia	Días de detención (a la fecha de emisión de la citada sentencia)	Imposición concreta de la pena de multa	Aplicación del SEGUNDO párrafo del artículo 47 del Código Penal (1x2)	Estado de cumplimiento
Elmer Arribasplata Vargas	24 de diciembre de 2010	25 de noviembre de 2011	11 meses y 1 día = 331 días	120 días-multa	331x2 = 662 (dúplica de días de detención): dimensión mayor a 120 días-multa	Compurgada

Por ello: Mi voto es porque se declare compurgada la pena de multa.

106

§106. Tráfico ilícito de drogas

Recurso de nulidad	245-2018-LIMA SUR
Fecha	19 de noviembre de 2018
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Barrios Alvarado.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Sequeiros Vargas, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Art. 296 del CP

RESUMEN:

Ninguno de los agravios expuestos por el inculpado generan nulidad, pues no alcanzan a romper el esquema probatorio que llevó a la convicción de su responsabilidad, ya que las declaraciones incriminatorias gozan de aptitud probatoria al haberse realizado ante el señor representante del Ministerio Público con las garantías correspondientes, además de las otras pruebas actuadas.

FUNDAMENTOS:

3. Consideraciones del Tribunal Supremo

TERCERO. Del estudio de autos se desprende que los cargos efectuados por el representante del Ministerio Público, así como la decisión condenatoria contra el recurrente, se ajustan a ley, toda vez que:

3.1. Según el informe policial de foja uno, la intervención policial contra el procesado y el hallazgo de la droga incriminada fue en mérito de un operativo que tenía la finalidad de contrarrestar la comisión de delito de tráfico ilícito de drogas en la modalidad de microcomercialización.

Así, se observó al recurrente con el torso desnudo en el frontis de un inmueble vendiendo drogas al menudeo a personas que transitaban por el lugar. Al ser sorprendido, ingresó al referido inmueble, acción que legitimó el ingreso a aquel del personal policial interviniente bajo la figura procesal de la flagrancia continua.

3.2. Ello ha sido corroborado por el efectivo policial interviniente SO3 PMP Jimmy Nicolay Beltrán Modesto, quien en presencia del representante del Ministerio Público y del abogado de la defensa agregó que, al intervenir al recurrente, se le encontraron en el bolsillo lateral del short setenta y dos ketes de pasta básica de cocaína, lo que consignó en el acta de registro personal, comiso de droga e incautación de dinero y especie, de foja cincuenta y ocho, del cual se ratificó en el contenido y firma. Luego su compañero, al realizar el registro domiciliario, encontró sobre una mesa una bolsa que contenía mil doscientos setenta y seis ketes de pasta básica de cocaína, incriminación reiterada en juicio oral.

3.3. Similar versión es la brindada por el efectivo policial SO3 PNP Davies Antonio Romero Huamán, quien ante la señorita fiscal y el abogado de la defensa agregó que fue él quien realizó el registro domiciliario y encontró sobre la mesa de la sala comedor la bolsa que contenía mil doscientos setenta y seis ketes de pasta básica de droga en su interior, motivo por el cual se ratificó del acta de registro domiciliario y comiso de droga de foja cincuenta y siete. Precisó que, cuando halló dicha droga, el recurrente Casas Aguirre se encontraba presente.

3.4. Hasta este punto del análisis se puede apreciar que la intervención al recurrente Casas Aguirre fue en mérito de un operativo policial ajeno a cualquier injerencia de la testigo Cervantes Espinoza. Además, la responsabilidad del delito ha sido acreditada con las testimoniales y documentos citados.

3.5. Si bien la testigo Yolanda Violeta Cervantes Espinoza, en presencia de la representante del Ministerio Público y el abogado de la defensa, indicó que vivía en el segundo piso del inmueble donde vivía el recurrente y, al tener conocimiento de que este y su conviviente vendían drogas en su domicilio y los alrededores, puso una denuncia en la comisaría, ha de señalarse que dicha incriminación fue realizada trece días después de la intervención al recurrente, la cual fue reiterada ante el plenario, donde

detalló que los compradores venían en motos, carros o a pie y, como se equivocaban de puerta (porque tiene una puerta independiente en el primer piso), tocaban la suya pidiéndole droga. Por ello, se cansó e hizo la denuncia policial.

3.6. Además de ello, existe el acta de visualización de video de foja noventa y siete, realizada ante la señorita fiscal y la defensa técnica del recurrente Casas Aguirre, donde quedó registrada en video su intervención y el hallazgo de la droga incriminada.

3.7. A todo lo expuesto, resulta irrelevante lo señalado por Gilmer Salinas Valladares –quien afirmó que el dinero incautado al recurrente fue del vuelto que él le había dado para que comprase alimentos–, como también resultan irrelevantes las denuncias que existen entre la conviviente del recurrente y la testigo Yolanda Violeta Cervantes Espinoza.

CUARTO. Así, ninguno de los argumentos expuestos por el inculpado generan nulidad, pues no alcanzan a romper el esquema probatorio que llevó a la convicción de su responsabilidad, toda vez que las declaraciones incriminatorias gozan de aptitud probatoria al haberse realizado ante la señora representante del Ministerio Público y en presencia de la defensa técnica del recurrente, además de las otras pruebas actuadas. En consecuencia, al encontrarse debidamente motivada y correctamente sustentada la sentencia emitida por el Tribunal Superior, el presente recurso debe ser desestimado.

QUINTO. Por otro lado, si bien no se cuestionó la duración de la pena de inhabilitación, este Supremo Tribunal se encuentra habilitado para revisar las sanciones impuestas que les sean favorables al acusado, por lo que cabe un pronunciamiento respecto a la pena de la inhabilitación impuesta al encausado.

Así, se advierte que a este se le impusieron cinco años de pena de inhabilitación, prevista en los incisos dos y cuatro del artículo treinta y seis del Código Penal. El primero referido a la incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público. El segundo, constituido por incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria que tenga relación o afín con el delito materia de la sentencia. Al respecto, este Tribunal considera que la sanción de cinco años impuesta en este extremo no se ajusta a los presupuestos establecidos en el artículo treinta y ocho del Código Penal. Por tanto, debe anularse para reformarla proporcionalmente y reducirse a seis meses.

13. DELITOS AMBIENTALES

107

§107. Alteración de ambiente o paisaje: Elementos objetivos del tipo penal

Casación	74-2014 – AMAZONAS
Fecha	7 de julio de 2014
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodrígues Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores, Loli Bonilla.
Disposiciones estudiadas	Art. 68 del CP; Arts. 313 y 427 del CPP y Art. 25 de la Ley 26834.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	25°, 26° y 29°

RESUMEN:

Los delitos de alteración del ambiente o paisaje al no encontrarse limitados abarca todos aquellos espacios donde exista un ambiente natural carente de presencia humana.

FUNDAMENTOS:

VIGÉSIMO QUINTO: El tipo penal antes mencionado presenta los siguientes elementos, tanto objetivos como subjetivos. En primer lugar, no requiere una cualidad especial en el sujeto activo, por lo que cualquier persona puede cometer el presente delito. En segundo lugar, la acción típica se compone de tres elementos objetivos.

A. Tiene que darse una actividad capaz de impactar en el medio ambiente. El tipo penal ha circunscrito dicha actividad a la construcción de obras o tala de

árboles. Por ende, si existiera otra actividad que también pudiera afectar al ambiente, ésta no será punible en este tipo penal, por la limitación puntual realizada por el legislador.

B. La contravención a las disposiciones de la autoridad administrativa, que implica que existe una autoridad competente para emitir un pronunciamiento sobre la obra a edificar o sobre los árboles a talar. Al igual que en el anterior elemento normativo, es necesario que el ordenamiento jurídico haya otorgado competencia a un funcionario público para emitir un pronunciamiento sobre la acción antes mencionada, caso contrario la conducta será atípica. Cabe resaltar que la disposición emitida por la autoridad debe referirse a la materia ambiental, pudiendo -por ejemplo- vincularse al impacto o la compatibilidad de la actividad con el medio ambiente. Por ende, el funcionario público deberá ser una autoridad que goce de competencias en materia ambiental.

C. El resultado de la construcción de obra o tala no autorizada es la alteración del medio ambiente –no exigiéndose que se trate un área natural protegida- por ello, el tipo penal precisa que se trata de la alteración del ambiente natural o el paisaje urbano o rural, o se modifica la flora y fauna del lugar. Finalmente, es necesario advertir que se trata de un delito doloso, quedando descartada toda posibilidad de interpretar la existencia de una modalidad culposa.

VIGÉSIMO SEXTO: El tipo penal antes mencionado no establece una limitación del lugar donde se puede dar la afectación al medio ambiente. Por tanto, el tipo penal abarca todos aquellos espacios donde exista un ambiente natural, en buena cuenta, carente de presencia humana (bosques primarios) o que teniéndola, no sea tan significativa. Asimismo, también se concreta en los paisajes urbanos o rurales, en la modificación de flora y fauna. El tipo penal no precisa el origen de la competencia de la autoridad que ha de emitir el pronunciamiento. Por lo tanto, a efectos de la configuración del tipo penal, interesa la competencia de la autoridad, más no la fuente de la misma. De ahí que ésta puede provenir de las distintas disposiciones normativas en sus diferentes grados; es decir, normas de rango constitucional, de Ley, Decretos Supremos, entre otros. Lo importante es que se trate de una disposición que, válidamente, dote de competencia a la autoridad para emitir el pronunciamiento en la materia.

VIGÉSIMO NOVENO: Sin embargo, este Supremo Tribunal advierte que conforme a la Ley N° 26834, la cual regula las Áreas Naturales Protegidas, en su artículo 25, se hace mención a la llamada Zona de Amortigua miento, la cual se define como: "Artículo 25.- Son zonas de amortiguamiento aquellas zonas adyacentes a las Áreas Naturales Protegidas del sistema, que por su naturaleza y

ubicación requieren un tratamiento especial para garantizar la conservación del Área protegida. El Plan Maestro de cada área definirá la extensión que corresponda a su Zona de Amortiguamiento. Las actividades q u e se realicen en la zona de amortiguamiento no deben poner en riesgo el cumplimiento de los fines del Área Natural Protegida." Las Zonas de Amortigua miento, directamente, no forman parte del Área Natural Protegida, pero sí son importantes para que la misma pueda subsistir. De ahí que el ordenamiento jurídico establezca disposiciones especiales para regularla, y para que se puedan realizar actividades económicas en ella, sin que ello pueda afectar al medio ambiente en general y al Área Natural Protegida en particular. Conforme lo señalado afirmamos que la Zona de Amortiguamiento tiene condiciones especiales, que se deben respetar pues son fundamentales para el cuidado y sostenibilidad del Área Natural Protegida. Es por ello que su regulación se da mediante la Ley N° 26834, artículo 8, literal "i", y más específicamente por el Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, emitida por el Decreto Supremo N° 038- 200 1 -AG (Subcapítulo II, artículos 61 , 62, 63, y 64) . Finalmente, debemos de agregar que el área de la Zona de Amortigua miento no puede ser indefinida (pues su regulación resultaría ilegal); por ello, el límite debe ser especificado e n el Plan Maestro de oda Área Natura l Protegida (artículo 60 del reglamento de la Ley de las Áreas Naturales Protegidas). Con ello queda claro que si bien la Zona de Amortiguamiento, no forma parte del área delimitada del Área Natural Protegida, sí tiene protección y una regulación específica, en la cual para el a provecha miento de sus recursos o habilitación de infraestructura se necesita de la Compatibilidad y Opinión técnica pertinente, véase artículo 116 del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas".

8. DELITOS CONTRA LA TRANQUILIDAD PÚBLICA

A. TERRORISMO

108

§108. Terrorismo: La consulta de la decisión de extinción en estos procesos, en caso de muerte comprobada del imputado es innecesaria

Consulta	16-2014-LIMA
Fecha	29 de agosto de 2015
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Salas Arenas.
Jueces Supremos	San Martin Castro, Prado Saldarriaga, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo.
Disposiciones estudiadas	D. Leg. Nº 923
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	2.3° y 2.4°

RESUMEN:

Cuando queda comprobada fehacientemente la muerte del encausado, no resulta necesario efectuar la elevación de la causa en consulta al Superior Tribunal, puesto que el poder persecutorio del Estado quedó agotado y se torna imposible proseguir el encausamiento para todo efecto. Se trata de una excepción razonable a la regla legal de tal consulta.

FUNDAMENTOS:

2.1. La consulta es un instituto que en sentido estricto no constituye un recurso impugnatorio -se trata, en pureza, de un remedio procesal *ope legis*-, pues implica reexaminar lo ya resuelto por el a qua, conforme también lo establece el

Decreto Legislativo N.º 923, solo en los casos en que lo decidido resulte desfavorable al Estado, a fin de que nuevamente el superior jerárquico la estudie y apruebe tal decisión, si fuera el caso4; sin embargo, tiene efectos procesales semejantes a un recurso impugnatorio. No obstante ello, la consulta es un imperativo legal, y solo en razón a ella se eleva la resolución al juez superior en grado. En tal virtud, solo se aplica en determinados supuestos y conforme la norma taxativamente lo señala.

2.2. En el caso en particular, conforme se ha expuesto, la Sala Penal Nacional declaró extinguida la acción penal por muerte del imputado al haber quedado plenamente acreditada con la Partida de Defunción N.º 00445308 expedida por la Municipalidad Distrital de YanacanchaCerro de Paseo (folio dos mil setecientos ochenta y seis).

2.3. Es obvio que el deceso del imputado imposibilita que se le procese y se le condene, es decir, impide con carácter definitivo la perseguibilidad que el Estado pueda ejercer *-ius persequendi-*, a pesar de que la resolución resulte desfavorable, puesto que contra la decisión de la extinción de la acción penal por muerte no hay recurso viable que interponer, siempre y cuando esté comprobado fehacientemente el fallecimiento

2.4. Debe entenderse que la consulta, por su propia lógica y función procesal, solo es procedente respecto de resoluciones de mérito que se pronuncien, de un modo u otro, sobre el objeto procesal en orden a su falta de relevancia jurídica penal o a la insuficiencia probatoria acerca de los cargos atribuidos, pero no cuando a partir de un medio de prueba irrefutable -específicamente, documental pública no tachada u observada- o de la simple aplicación normativa se ampara o declara la presencia de su impedimento procesal que importa la clausura o archivo definitivo de la causa referida a un concreto imputado.

2.5. Por tanto, la consulta en estos casos carece de efecto, lo que deviene una excepción al imperativo legal de elevación. Siendo así, pese a que la cancelación del procesamiento resulte desfavorable al interés del Estado, porque el encausamiento no puede llegar a las paradojas de la irracionalidad, lo que debe ser tomado en cuenta para evitar actividad inútil y dispendio de recursos en consultas que no son viables, debiendo observar los órganos jurisdiccionales esta orientación jurisprudencial.

109

§109. Interpretación del delito de Colaboración terrorista y asociación terrorista. Imposibilidad de un concurso ideal

Consulta	126-2004-LIMA
Fecha	20 de diciembre de 2004
Procedencia	Sala Penales Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Jueces Supremos	San Martín Castro, Palacio Villar, Barrientos Peña, Lecaros Cornejo y Molina Ordóñez.
Disposiciones estudiadas	Decreto Ley N° 25475.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	3°

RESUMEN:

*El delito de colaboración terrorista es un **delito de actividad y de peligro abstracto** en el que importa la comisión de actos preparatorios. Se caracteriza por ser un **delito residual**, ya que mediante él se castigan los hechos siempre que no se haya obtenido un resultado típico, y por contar en su tipo subjetivo con un **dolo integrado por la conciencia o conocimiento del favorecimiento a la actividad terrorista y a la finalidad perseguida.** Sujeto activo del delito de colaboración terrorista solo puede ser aquél que **no forma parte de una asociación de este tipo**.*

*Por tanto, **los delitos de asociación terrorista y de colaboración terrorista** son **tipos penales autónomos** y que por su propia naturaleza son **implicantes entre sí.** Es a causa de ello que **no suponen en ningún caso la presencia de un concurso ideal.***

FUNDAMENTOS:

"**3°.** Que es de precisar que los ***delitos de asociación terrorista y de colaboración terrorista son tipos penales autónomos*** y, como tal, están

contemplados en normas jurídicas específicas: artículos cinco y cuatro, respectivamente, del Decreto Ley número veinticinco mil cuatrocientos setenta y cinco, y que por su propia naturaleza son implicantes entre sí, por lo que ***no se puede admitir***, en ningún caso, ***supuestos de concurso ideal.***

Que el delito de colaboración terrorista: ***a)*** Es un delito de mera actividad y de peligro abstracto -no requiere que los actos perpetrados estén causalmente conectados a la producción de un resultado o de un peligro delictivo concreto, aunque es obvio que requiere de una acción apta en sí misma para producir un peligro al bien jurídico (idoneidad potencial de los actos de favorecimiento), delito que es independiente de las posibles acciones o actos terroristas; ***b)*** Importa la comisión de actos preparatorios -realizar, obtener, recabar y facilitar actos de colaboración- especialmente castigados como favorecimiento de la comisión de actos terroristas y de los fines de un grupo terrorista -anticipación de la barrera de protección penal que se justifica en la importancia de los bienes jurídicos fundamentales que afecta el terrorismo y en la objetiva peligrosidad que las conductas de colaboración adquieren en la actividad terrorista, esto es, en la prevención de conductas gravemente dañosas para la comunidad; ***c)*** Es un delito residual o subsidiario, pues que se castigan los hechos siempre y cuando no se llegue a producir un resultado típico determinado -en tanto constituye un auxilio o una preparación de otro comportamiento-, pues de ser así -en virtud del principio de absorción- se castigará como coautoría o participación del delito efectivamente perpetrado; y, ***d)*** El dolo del autor está integrado por la conciencia o conocimiento del favorecimiento a la actividad terrorista y a la finalidad perseguida por los grupos terroristas; que, asimismo, el sujeto activo de este delito sólo puede serlo aquella persona que no pertenece o no está integrada a una organización terrorista es decir por un "extraneus"; que, como señala la doctrina penalista mayoritaria, una interpretación distinta conduciría a una confusión con el delito de asociación terrorista, siendo de resaltar que los sujetos integrantes de aquella pueden realizar sin duda las actividades típicas de colaboración o favorecimiento, pero en tal caso no estarán sino haciendo patente su condición de afiliado.

Que, por otro lado, el tipo penal identifica o precisa seis actos de colaboración, aun cuando en el primer párrafo se inclina por una definición amplia de su contenido general -así: "cualquier tipo de bienes o medios (...) cualquier modo favoreciendo la comisión de delitos (...)"-; que en la descripción de los actos de colaboración el legislador utiliza fórmulas abiertas para evitar lagunas de punibilidad -verbigracia: "(...) cualquier otro que específicamente coadyuve o facilite las actividades de elementos terroristas o grupos terroristas (...)

prestación de cualquier tipo de ayuda que favorezca la fuga de aquellos (personas pertenecientes a grupos terroristas)"-; que, pese a ello, en aras del respeto al principio general de seguridad jurídica y al principio penal de lex stricta, es del caso puntualizar que la interpretación que ha de presidir dichas fórmulas típicas necesariamente será restrictiva y, por ende, corresponde asumir la vigencia de la cláusula implícita de equivalencia en cuya virtud las conductas de colaboración típicamente relevantes sólo serán aquellas que importen una evidente gravedad e intrínseca idoneidad del acto realizado por el agente en función a la entidad de las actividades terroristas y a las finalidades de los grupos terroristas."

110

§110. Interpretación del delito de Terrorismo

Recurso de nulidad	3048-2004-LIMA
Fecha	21 de diciembre de 2004
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República
Jueces Supremos	San Martín Castro, Palacio Villar, Barrientos Peña, Lecaros Cornejo y Molina Ordóñez.
Disposiciones estudiadas	Art. 2º del Decreto Ley N° 25475

RESUMEN:

*El tipo básico de terrorismo incluye en él un **elemento subjetivo tipificante expresado en la subversión del régimen político ideológico que ha sido establecido de manera constitucional.** Por otro lado, desde la tipicidad objetiva, requiere que el sujeto activo realice una de las dos modalidades de acción típica que perpetre delitos tanto contra bienes jurídico individuales o colectivos, para lo cual el agente utilizará determinados medios típicos que causen graves efectos dañosos. Para su consumación **exige la producción de resultados típicos concretos**: estragos, grave perturbación de la tranquilidad pública, y afectación de las relaciones internacionales o de la seguridad sociedad y del Estado.*

FUNDAMENTOS:

"**6º.** Que es de significar que el delito de terrorismo básico -artículo dos del Decreto Ley número veinticinco mil cuatrocientos setenta y cinco-, contiene un elemento teleológico, esto es, exige una especificidad del elemento intencional, que se expresa -elemento subjetivo tipificante-, en cuanto a su finalidad última, en la subversión del régimen político ideológico establecido constitucionalmente, y que en estricto sentido es el bien jurídico tutelado, de suerte que la acción proscrita y razón de ser de la configuración típica desde una perspectiva final es la sustitución o variación violenta del régimen constitucional, tal como se ha

establecido en la Sentencia del Tribunal Constitucional del quince de noviembre de dos mil uno, recaída en el Asunto Defensoría del Pueblo contra Legislación sobre Terrorismo Especial, Expediente número cero cinco-dos mil uno-AI/TC; que, respetando en su esencia los principios constitucionales sentados por la sentencia del Tribunal Constitucional del tres de enero de dos mil tres, es del caso precisar los alcances generales del aludido tipo penal.

Que esta figura penal exige, desde la **tipicidad objetiva**: ***a)*** Que el sujeto activo realice una de dos modalidades de **acción típica**, centradas en la perpetración de delitos contra bienes jurídicos individuales -vida, integridad corporal, libertad y seguridad personal, y contra el patrimonio- o contra bienes jurídicos colectivos -seguridad de los edificios, vías o medios de comunicación o transportes, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio. ***b)*** Asimismo, requiere concurrentemente que el agente utilice determinados **medios típicos**: los catastróficos -artefactos explosivos, materias explosivas-, y los que tengan entidad para ocasionar determinados y siempre graves efectos dañosos. ***c)*** Por último, debe producir concretos **resultados típicos**: estragos, grave perturbación de la tranquilidad pública, y afectación de las relaciones internacionales o de la seguridad social y del Estado.

Que a ello se une, desde la **tipicidad subjetiva**, el dolo del autor, sin perjuicio de tomar en cuenta la específica intencionalidad antes mencionada.

Que tratándose de una *interpretación* de un *tipo penal* de especial importancia, que en rigor complementa la llevada a cabo por el Tribunal Constitucional, es del caso otorgarle *carácter de precedente vinculante* de conformidad con el numeral uno del artículo trescientos uno-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto legislativo número novecientos cincuenta y nueve."

111

§111. Colaboración terrorista. El acto médico como causal de atipicidad

Recurso de Nulidad	1062-2004-LIMA
Fecha	21 de diciembre de 2004
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República
Jueces Supremos	San Martín Castro, Palacio Villar, Barrientos Peña, Lecaros Cornejo y Molina Ordóñez.
Disposiciones estudiadas	Decreto Ley 25475.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	6° y 7°

RESUMEN:

El acto médico de atención a quienes forman parte de una asociación terrorista ***no puede ser subsumido en el delito de colaboración terrorista****, en tanto es, por una parte, un acto esencialmente lícito y, por otra, un deber del médico el prestarlo.* ***Cuestión distinta será si el médico que brindó el servicio estaba ligado o vinculado como colaborador clandestino*** *a las lógicas de acción, coherente con sus fines, de una organización terrorista.*

FUNDAMENTOS:

"**6°.** Que el delito de colaboración terrorista, en sus diversas expresiones normativas desde su introducción al elenco punitivo nacional, reprime al que se vincula de algún modo a la ejecución material de cualquier acto de colaboración que favorezca la comisión de los delitos de terrorismo o la realización de los fines de un grupo terrorista.

Que, sin perjuicio de reiterar lo expuesto en la Ejecutoria Suprema del veinte de diciembre de dos mil cuatro, es de agregar que los actos de colaboración típicamente relevantes: *En* ***primer*** *lugar*, deben estar relacionados con las actividades y finalidades de la organización terrorista.

*En **segundo** lugar*, deben favorecer materialmente las actividades propiamente terroristas -no es punible el mero apoyo o respaldo moral, pues se requiere una actuación de colaboración en las actividades delictivas de la organización-; que la conducta típica debe, pues, contribuir por su propia idoneidad a la consecución o ejecución de un determinado fin: favorecer la comisión de delitos de terrorismo o la realización de los fines de la organización terrorista; que, asimismo, es de acotar que cuando el tipo penal hace mención a "cualquier acto de colaboración" o "[...] actos de colaboración de cualquier modo favoreciendo se entiende que los actos de colaboración que a continuación detalla (cinco o seis, según las leyes) tienen un valor meramente ejemplificativo, es decir, no constituyen una enumeración taxativa; que, ahora bien, los actos imputados al encausado Polo Rivera o Pollo Rivera se sitúan -en todos los casos- en el primer párrafo del tipo penal, pues no existe un supuesto específico en el que se subsuma lo que hizo conforme aparece descrito en el quinto fundamento jurídico.

7º. Que esta Suprema Sala, rectificando lo expuesto en el sexto fundamento jurídico del fallo recurrido, toma en cuenta y -por imperativo constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos- asume la doctrina que instituye la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del dieciocho de noviembre del año en curso, recaída en el Asunto De la Cruz Flores versus Perú; que dicha Sentencia en el párrafo ciento dos estipula que: *"El **acto médico no se puede penalizar, pues no sólo es un acto esencialmente lícito, sino que es un deber del médico el prestarlo**; asimismo, tampoco se puede criminalizar la omisión de denuncia de un médico de las conductas delictivas de sus pacientes conocidas por él en base a la información que obtengan en el ejercicio de su profesión."*

Que, por tanto, el ***acto médico constituye*** -como afirma un sector de la doctrina penalista nacional- una ***causal genérica de atipicidad***: *"La sola intervención profesional de un médico, que incluye guardar secreto de lo que conozca por ese acto, no puede ser considera típica, en la medida en que en esos casos existe una obligación específica de actuar o de callar, de suerte que no se trata de un permiso-justificación sino de un deber, no genérico, sino puntual bajo sanción al médico que lo incumple".*

Que, ahora bien, los cargos contra el encausado Polo Rivera o Pollo Rivera no se centran en el hecho de haber atendido circunstancial y aisladamente a pacientes que por sus características denotaban que

estaban incursos en delitos de terrorismo, menos -en esa línea- por no haberlos denunciado -hechos que por lo demás él niega categóricamente-, sino porque estaba ligado o vinculado como colaborador clandestino a las lógicas de acción, coherente con sus fines, de la organización terrorista "Sendero Luminoso"; que, en su condición de tal, el citado imputado recabó y prestó su intervención en las tareas -ciertamente reiteradas, organizadas y voluntarias- de apoyo a los heridos y enfermos de "Sendero Luminoso", ocupándose tanto de prestar asistencia médica -cuyo análisis no puede realizarse aisladamente sino en atención al conjunto de actos concretamente desarrollados y probados- y también de proveer de medicamentos u otro tipo de prestación a los heridos y enfermos de la organización -cuyo acercamiento al herido o enfermo y la información de su estado y ubicación le era proporcionado por la propia organización, no que estos últimos hayan acudido a él por razones de urgencia o emergencia y a los solos efectos de una atención médica-, cuanto de mantener la propia organización de apoyo estructurada al efecto -con esta finalidad, como ya se destacó, trató de convencer a una de sus integrantes a que no se aparte de la agrupación-que, desde luego y en tales circunstancias, los actos realizados por el acusado estaban relacionados con la finalidad de la organización terrorista -de mantener operativos a sus militantes para que lleven a cabo conductas terroristas-, a partir de una adecuación funcional a las exigencias de aquélla, y de ese modo favorecer materialmente la actividad de Sendero Luminoso."

B. ORGANIZACIÓN CRIMINAL

112

§112. Diferencias hermenéuticas entre organización criminal, banda criminal y delitos cometidos por integrantes de una organización criminal

Acuerdo Plenario	08-2019/CIJ-116
Fecha	10 de setiembre de 2019
Procedencia	Salas Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República. XI PLENO JURISDICCIONAL
Ponente	Prado Saldarriaga
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Figueroa Navarro, Balladares Aparicio, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Castañeda Espinoza, Núñez Julca, Castañeda Otsu, Sequeiros Vargas, Pacheco Huancas, Guerrero López, Chávez Mella
Disposiciones estudiadas	Artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial

RESUMEN:

La figura delictiva del artículo 317-B del Código Penal, referida a la banda criminal, sólo debe de aplicarse para sancionar a las estructuras delictivas de constitución básica y cuyo modo de accionar delictivo carece de complejidad operativa y funcional, al estar dedicada a la comisión de delitos comunes de despojo y mayormente violentos como el robo, la extorsión, el secuestro, el marcaje o el sicariato, entre otros.

FUNDAMENTOS:

3. ACERCA DE LA CONFIGURACIÓN TÍPICA DEL DELITO DE BANDA CRIMINAL DEL ARTÍCULO 317-B DEL CÓDIGO PENAL

17.° El inédito delito de banda criminal fue regulado a partir de una propuesta generada por el Ministerio del Interior y la Policía Nacional del Perú. Dicha iniciativa legislativa respondía a la frustración institucional generada por el archivamiento de los procesos penales derivados de la detención de personas que habían ejecutado conjuntamente delitos comunes, mayormente violentos, como el robo, la extorsión o el secuestro, y a los cuales el Ministerio Público o los órganos jurisdiccionales no podían vincular típicamente con la realización del delito de organización criminal –mal llamado "asociación ilícita para delinquir"–, previsto por el artículo 317 del Código Penal.

Sobre estos aspectos resulta pertinente citar los siguientes pasajes de la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1244:

> "Dar por sentado algunos puntos sobre su configuración y su relación con el delito de asociación ilícita para delinquir, tipificado en el artículo 317, del código penal, todo ello con la finalidad de aterrizar en el objetivo del presente documento, cual es, dar cuenta de la carencia o la inexistencia de un tipo penal que sancione a aquellos grupos criminales que, sin presentar la complejidad de las grandes organizaciones criminales de corte empresarial en su conformación, la permanencia en su duración y la periodicidad en su accionar ilícito, afectan con mucho mayor ámbito, frecuencia y rigor a nuestra sociedad"
>
> "el 73% de la carga [...] Está conformada por casos donde no existen elementos para poder acreditar la existencia de organizaciones criminales, debido a que el grueso de estos casos son bandas, las cuales no presentan las características de alta complejidad de su composición en el número de sus integrantes, organización, permanencia y estabilidad [...]"
>
> Segundo, que al no existir un tipo penal que sancione a las bandas criminales, los operadores de justicia aplican el tipo penal

> más cercano que es asociación ilícita para delinquir, trayendo como consecuencia que en el transcurrir del tiempo dichos casos sean archivados en tanto nunca se configuró el citado delito, dejando así impune las conductas criminales o sancionándolas por conductas más leves"
>
> "Asimismo, este estudio nos permitió darnos cuenta que si realmente se quiere luchar contra la criminalidad, debe crearse un tipo penal que sancione a las bandas (delincuencia común), ya que esta figura no necesita estructura tan compleja como el delito de asociación [...]"
>
> Este tipo penal asimismo se presenta como una propuesta normativa novedosa, toda vez que se incorpora un ilícito que no estaba previsto en el código penal cubriendo así un vacío normativo, y no limitándose a aumentar penas de otros delitos ya establecidos. Es decir, este tipo penal no presenta lo que la opinión pública conoce como 'más de lo mismo', y por tanto creemos que políticamente será bien tomado por la ciudadanía"

18.° Ahora bien, otro instrumento de doctrina policial sobre organizaciones criminales es el Glosario Policial de la materia, que permite detectar la preocupación de la agencia policial por diferenciar a las organizaciones criminales de las bandas criminales [cfr.: MINISTERIO DEL INTERIOR: Megaoperativos contra el Crimen Organizado – Primer Año de Gestión, MININTER, Lima, 2017, pp.183-186]. En dicho documento se alude a las organizaciones criminales a partir de su mayor capacidad operativa y complejidad organizacional, lo que les permite activar economías ilegales o procesos de producción de bienes y servicios ilegales propios del crimen organizado. La existencia, pues, de un proyecto criminal de tales características, determina, además, la necesaria continuidad operativa de esta modalidad de organizaciones criminales y su permanencia en el tiempo. En ese sentido, por ejemplo, el concepto policial de crimen organizado es el siguiente:

> "Crimen organizado: conjunto de actividades delictivas que son: i) cometidas por una organización criminal (con un nivel de estructuración de mediana complejidad, no necesariamente jerárquico, con diversos roles y funciones así como estabilidad en el tiempo); ii) que controlan un determinado territorio o

un eslabón de la cadena de valor de un mercado ilegal; iii) que penetran en los circuitos económicos formales para insertar sus ganancias y burlar el control estatal; iv) que diversifican sus delitos o se especializan en mayor grado a fin de aumentar la rentabilidad de sus actividades; y v) que usan la violencia (directa e indirecta) y la corrupción (en diferentes niveles como medios de operación, no solo en las altas esferas del poder, sino también en aquellas esferas burocráticas necesarias para sus actividades delictivas)"

19.° En el mismo documento citado, se busca, igualmente, relacionar a las organizaciones criminales del artículo 317 del Código Penal con la realización de los "Megaoperativos" y con la ejecución de delitos graves propios del crimen organizado a los que se refiere la Ley 30077. En torno a estas categorías criminalísticas y criminológicas, el aludido Glosario Policial desarrolla las siguientes nociones:

> "Megaoperativo una operación policial que: i) involucra la acción de un mínimo de dos unidades policiales; ii) que supone la participación de unidades de inteligencia, que suministraron la información necesaria para la planificación de la operación; iii) que cuenta con la participación del Ministerio Público, para garantizar el respeto de la ley y los derechos fundamentales de las personas durante la operación; iv) que tenga por objetivo la persecución de delitos vinculados al crimen organizado (Ley 30077) o terrorismo y que, por lo tanto, permita desbaratar en parte o completamente a una organización criminal.
>
> Organización criminal: cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3, de la Ley 30077".

20.° Por consiguiente, es de destacar y precisar que la banda criminal es igualmente una estructura criminal, pero de menor complejidad organizativa que la que posee una organización criminal (artículo 317 del Código Penal) y que ejecuta un proyecto delictivo menos trascendente y propio de la "delincuencia común urbana". La banda criminal, por tanto, no se dedica a activar y mantener negocios o economías ilegales;

no es, pues, una organización criminal "productiva" sino simplemente "de despojo mayormente artesanal y violenta". Esto es, de aquellas que producen inseguridad ciudadana a través de su actuación en la comisión reiterada de robos, secuestros, extorsiones o actos de marcaje y sicariato. De allí que su número de integrantes puede ser reducido y su modus operandi suele ser rutinario y basado mayormente en la sorpresa y el asalto o en el empleo de medios violentos como la agresión física o la amenaza.

21.° En lo que concierne a la fuente legal extranjera que siguió el legislador nacional para introducir un delito de banda criminal en el artículo 317-B del Código Penal, ella se detecta en el artículo 570 ter del Código Penal español vigente, que tipifica el delito de "grupo criminal". En efecto, en el párrafo final de dicha disposición legal el legislador hispano se preocupó también en distinguir al grupo criminal de la organización criminal, por lo que precisó lo siguiente: "A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos".

A ello hay que agregar que el artículo 570 bis del Código Penal ibérico, había colocado también como una nota distintiva de la organización criminal, el que se trate de una "agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos". Esto es, los mismos rasgos de caracterización que asimiló el legislador peruano para reformar el texto legal del artículo 317 de nuestro Código Penal nacional.

22.° Por lo demás, en torno a la aludida fuente legal, utilizada para construir el artículo 317-B de nuestro Código Penal y la tipicidad de la banda criminal, en España se ha cuestionado y criticado lo poco trascendente y residual del delito de grupo criminal y de sus semejanzas con la codelincuencia o concierto criminal. En torno a ello, por ejemplo, LLOBET ANGLÍ ha señalado que "es realmente difícil diferenciarlo de la mera codelincuencia" [LLOBET ANGLÍ, MARIONA: Delitos Contra el Orden Público. En: SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA (Dir.) – RAGUÉS I VALLÉS, RAMÓN (Coord.): Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial, Quinta Edición, Atelier, Barcelona, 2018, p. 443].

Por su parte MUÑOZ CONDE ha destacado que "menos prolija es la descripción de la conducta típica en el art. 570 ter.1 que sólo recoge las conductas de constitución, financiamiento o integración en el grupo criminal. Pero dada la estrecha relación del grupo con la organización criminal, es probable que los casos más relevantes de constitución o financiación del grupo sean reconducibles a la organización criminal, mientras que, si no llega al nivel de concertación y coordinación que exige ésta ni tiene una cierta permanencia en el tiempo, no tiene por qué ser tratado de forma diferente a las distintas formas de codelincuencia, sean estas constitutivas de coautoría, cooperación necesaria o complicidad, o la preparatoria de conspiración" [MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: Derecho Penal – Parte Especial, 21ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia. 2017, p. 773].

Ahora bien, en lo que concierne al ámbito de la jurisprudencia española también se han sugerido algunas alternativas hermenéuticas para marcar las diferencias del grupo criminal con la organización criminal. Es así que en la Sentencia del Tribunal Supremo 134/2018, se ha llegado a sostener que "mientras que la organización criminal requiere necesariamente la concurrencia de ambos requisitos conjuntamente: estabilidad y reparto de tareas, el grupo criminal puede apreciarse cuando no concurra ninguno de ellos, o cuando concurra uno solo" (citado por LLOBET ANGLI, MARIONA: Obra citada, p. 443).

Atendiendo, pues, a lo antes expuesto, cabe señalar que la figura delictiva del artículo 317-B del Código Penal, referida a la banda criminal, sólo debe de aplicarse para sancionar a las estructuras delictivas de constitución básica y cuyo modo de accionar delictivo carece de complejidad operativa y funcional, al estar dedicada a la comisión de delitos comunes de despojo y mayormente violentos como el robo, la extorsión, el secuestro, el marcaje o el sicariato, entre otros.

4. BANDA CRIMINAL Y CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES ESPECÍFICAS

23.° En torno a la eficacia de la conducta delictiva establecida por el artículo 317-B del Código Penal como banda criminal, es de precisar que se trata, al igual que el artículo 317 del referido Código, sobre el delito de organización criminal, de un tipo penal de peligro abstracto y de operatividad estrictamente residual frente a aquellos delitos comunes que

sean ejecutados por sus integrantes. Esto significa que si quienes componen la banda criminal cometen un delito de hurto, de robo o de marcaje-reglaje en calidad de integrantes de esta modalidad de organización criminal, se deberá tipificar dicha conducta como delito de hurto, robo o marcaje-reglaje pero, además, con la concurrencia de la circunstancia agravante especifica que regula la legislación vigente para tales casos (confróntese: artículos 186, 189 y 317-B del Código Penal).

24.° Ahora bien, en aquellos delitos comunes que ejecute la banda criminal y en los cuales no exista la agravante específica por organización criminal, en los términos antes referidos, se podrá calificar a tales conductas punibles como constitutivas de un concurso real de delitos y aplicarse las reglas y efectos que el artículo 50 del Código Penal establece para tales casos. Dicha situación puede ocurrir, por ejemplo, en el delito de secuestro que no contempla tal circunstancia calificante (confróntese: artículo 152 del Código Penal).

25.° No obstante, cuando hechos punibles como el hurto, robo o similares, hayan sido ejecutados por una pluralidad de agentes que actúan en concierto criminal, pero entre los cuales no existe adscripción o dependencia alguna a una banda criminal, tales actos ilícitos serán reprimidos únicamente como delitos de hurto o robo, etcétera, respectivamente, con la concurrencia de la agravante específica o genérica (artículo 46, numeral 2, literal 'i', del Código Penal), que también para esos supuestos de coautoría funcional ha consignado el legislador nacional como "pluralidad de agentes" para ejecutar conjuntamente el delito cometido.

113

§113. Organización criminal y técnicas especiales de investigación

Acuerdo Plenario	10-2019/CIJ-116
Fecha	10 de setiembre de 2019
Procedencia	Salas Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República. XI PLENO JURISDICCIONAL.
Ponentes	San Martín Castro, Neyra Flores.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Figueroa Navarro, Balladares Aparicio, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Castañeda Espinoza, Núñez Julca, Castañeda Otsu, Sequeiros Vargas, Pacheco Huancas, Guerrero López, Chávez Mella
Disposiciones estudiadas	Artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial

RESUMEN

Ha de entenderse por técnicas especiales de investigación aquellos métodos de esclarecimiento o averiguación utilizados para reunir información aplicados por la autoridad penal con el objetivo de detectar e investigar delitos y sospechosos sin alertar a la persona o personas a la(s) que esta acción va dirigida. Son especialmente convenientes frente a actividades delictivas complejas para hacer frente a las organizaciones criminales y bandas criminales debido a los peligros y dificultades inherentes al logro del acceso a sus operaciones y a la reunión de información y fuentes de prueba para su utilización en los procesos penales.

Es de concebir que la criminalidad organizada, especializada, utiliza unos medios de actuación que se encuentran totalmente cerrados al exterior, por lo que la intervención de la autoridad penal exige, a menudo, trasladarse a la investigación de ese ambiente.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 3. TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN – LEGISLACIÓN INTERNA

18.° Desde esta perspectiva, ha de entenderse por técnicas especiales de investigación aquellos métodos de esclarecimiento o averiguación utilizados para reunir información aplicados por la autoridad penal con el objetivo de detectar e investigar delitos y sospechosos sin alertar a la persona o personas a la(s) que esta acción va dirigida. Son especialmente convenientes frente a actividades delictivas complejas para hacer frente a las organizaciones criminales y bandas criminales debido a los peligros y dificultades inherentes al logro del acceso a sus operaciones y a la reunión de información y fuentes de prueba para su utilización en los procesos penales [confróntese: UNODC: Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada: instrucción de evaluación de necesidades, Nueva York, 2016, p. 58].

La técnica de investigación, como se sabe, es la aplicación práctica de un método concreto de investigación, en tanto camino o medio para llegar a un fin basada en herramientas para la investigación y sanción de delincuentes. Se la clasifica en técnicas tradicionales de investigación y técnicas especiales de investigación. Las primeras son aquellas que se visualizan hacia atrás, reconstruyen hechos del pasado y ofrecen al investigador los móviles y circunstancias en que se cometió el delito, así como la determinación de las personas que participaron en su comisión. Las segundas, visualizan el presente y hacia adelante, a modo de extraer elementos de una organización criminal en plena operación; y, comprende toda información relacionada a la agrupación criminal, como el tipo de estructura que presenta, modo de operar, identificación de miembros y colaboradores de la organización, forma de reclutamiento de nuevos miembros, forma menos peligrosa para infiltrar la organización, forma de relacionarse con otros grupos criminales, examen de toma de decisiones y grado de agresividad de la organización [RIVAS GUERRA, ALEJANDRO: Análisis sistemático de los métodos especiales de investigación en el régimen jurídico guatemalteco, Tesis de Licenciatura, Asunción de Guatemala, noviembre 2014, pp. 90-91]. Las técnicas especiales de investigación, por lo demás, permiten obtener pruebas directas e indiciarias más certeras para comprobar los delitos de realización compleja o de alta profesionalidad delictiva; y, tienen lugar

cuando las técnicas de investigación tradicionales son insuficientes [DIBAN, MICHEL: Técnicas Especiales de Investigación. OAS/SMS/CICAD y Comisión Nacional Antidrogas de El Salvador. Seminario Taller sobre Lavado de Activos para Jueces, Fiscales y Funcionarios encargados del Cumplimiento de la Ley. San Salvador – El Salvador, octubre 2013, p. 2].

Es de concebir que la criminalidad organizada, especializada, utiliza unos medios de actuación que se encuentran totalmente cerrados al exterior, por lo que la intervención de la autoridad penal exige, a menudo, trasladarse a la investigación de ese ambiente [MOLINA PÉREZ, TERESA: Técnicas Especiales de Investigación. En: Revista Anuario Jurídico Económico, Real Centro Universitario "Escorial María Cristina", N° 41, Enero 2006, pp. 185]. También es de tener en consideración que uno de los objetivos fundamentales de la Ley, a través de las técnicas especiales de investigación, es, desde luego, abarcar el conocimiento de las estructuras de la organización, formas de operación y ámbitos de actuación e identidad de los integrantes del grupo delictivo, así como investigar y procesar no solo a las personas físicas que pertenezcan a la organización criminal, sino las personas jurídicas de las que se valgan para la realización de sus fines delictivos [confróntese: artículo 11 de la Ley Federal contra la delincuencia organizada de México, de 7 de noviembre de 1996, modificada el 7 de abril de 2017].

Por lo general las técnicas o actos especiales de investigación (i) se dirigen a buscar y adquirir las fuentes de la investigación, así como (ii) entrañan una limitación de derechos fundamentales. En algunos casos, la autorización, por ser de baja o de mediana intensidad, corre a cargo del Ministerio Público, y cuando se trata de una intervención intensa o grave en los derechos constitucionales requiere autorización judicial expresa (es el caso, por ejemplo, de la protección del domicilio, del secreto postal y del secreto de las comunicaciones, de la reserva tributario y del secreto bancario). De igual manera, estas técnicas especiales tienen como nota característica que, en su mayor parte, incorporan las tecnologías de la información y la comunicación, bajo el entendido que "[...] resulta posible afirmar que, bien la mayoría de los delitos dejan rastros en formato digital que pueden ser utilizados posteriormente en la investigación criminal para la averiguación de hechos y el descubrimiento de sus responsables, bien cualquier hecho delictivo puede ser investigado a través de múltiples

instrumentos tecnológicos que facilitan las labores de investigación" [ORTIZ PRADILLO, JUAN CARLOS: El Impacto de la tecnología en la investigación penal y en los derechos fundamentales. En: AA. VV. (GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, NICOLÁS (DIRECTOR): Problemas actuales de la justicia penal, Editorial Colex, Madrid, 2013, p. 317].

El derecho comparado reconoció no solo las técnicas especiales de investigación, referidas a la (i) "entrega circulación o entrega vigilada de bienes delictivos" y al (ii) "agente encubierto y especial", aparte de la (iii) "vigilancia y observación físicas", que consiste –esta última– en someter al sospechoso a supervisión física, o seguimiento y filmaciones –incluso puede comprender la supervisión de sus cuentas bancarias o el uso de sofisticados métodos de control de las operaciones–, también configuró la (iv) vigilancia electrónica, que sirve para captar las conversaciones de particulares, algunos de los cuales podrían no estar implicados en la investigación, y puede ampliarse a la utilización de dispositivos de escucha, interceptación telefónica o de correo electrónico, y a la utilización de dispositivos de rastreo; las (v) "operaciones encubiertas y el recurso a las operaciones 'trampa'", que es un procedimiento planeado y ejecutado, siguiendo diversas tácticas, para ocultar la identidad de su autor [RIVAS GUERRA, ALEJANDRO: Ob. Cit., p. 110], cuya utilidad se expresa cuando es muy difícil acceder por medios convencionales a una conspiración delictiva, mientras que su objetivo es entrar en contacto con los sospechosos, de manera que los agentes de la ley puedan ser testigos de prácticas delictivas y exponerlas, y desde una perspectiva más compleja crear de una entidad societaria con estos fines; y, (vi) la "supervisión de transacciones financieras" que permita identificar los movimientos de fondos ilícitos a través de instituciones financieras desde un control administrativo idóneo para tener acceso a las informaciones correspondientes para determinar el movimiento de fondos y las relaciones entre los involucrados, y de esta formar permitir que los investigadores vigilan las cuentas para localizar y determinar los movimientos y la forma en que se han dispersado los beneficios financieros de delitos complejos, entre ellos el de corrupción [confróntese: UNODC: Guía técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, Nueva York, 2010, pp..201-203].

§ 4. TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN – PRINCIPIOS REGULATORIOS

20.° Los principios que rigen las técnicas especiales de investigación son ocho [confróntese: UNODC: Manual de Técnicas Especiales de Investigación, Agente Encubierto y Entrega Vigilada, Septiembre 2005, Bolivia, pp. 13-14]. El entendido básico es que estas técnicas deben ser utilizadas con especial ponderación y teniendo presente que revisten un carácter subsidiario y excepcional, debiendo ser sometidas a estrictos y rigurosos controles legales y judiciales [NOGUERA D'ARGENIO, MARÍA LUCÍA: Ob. Cit., p. 27].

1. **Principio de legalidad.** En materia procesal penal, conforme al artículo IV del Título Preliminar del CPP, "Las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, solo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada [...]". Sin embargo, la mera existencia de una autorización legal no implica necesariamente que no esté vacía de contenido, lo que originaría que, en el caso concreto, se "legitimen" medidas de investigación desproporcionadas.

2. **Principio de excepcionalidad o de subsidiaridad.** Ante la insuficiencia de los métodos tradicionales de investigación del hecho punible, se erigen las técnicas especiales de investigación como la última salida para no dejar impune el delito; por consiguiente, se aplican en caso de ausencia o insuficiencia de fuentes de investigación o de prueba –la medida intrusiva se adopta cuando no exista otro medio de investigación del delito que sea de menor incidencia y causación de daños sobre los derechos fundamentales que inciden primordialmente en el derecho a la intimidad [NOGUEIRA D'ARGENIO, MARÍA LUCÍA: Ob. Cit., p. 17. STC 4750-2007/ PHC-TC, de 9 de enero de 2009]–. Sin embargo, ello no implica agotar previamente todas las medidas de investigación, para que frente a la insuficiencia de sus resultados recién se proceda a utilizarlas. En el caso concreto, ha de analizarse si efectivamente, por la naturaleza, complejidad y características de la infracción delictiva, se requieren este tipo de técnicas de investigación. Esta labor exige un juicio de

comparación entre las medidas disponibles y escoger entre aquellas que tengan la misma eficacia, la menos dañina desde el punto de vista de los derechos fundamentales.

3. **Principio de proporcionalidad.** Es el más característico en cualquier diligencia que vulnere los derechos fundamentales, e importa una ponderación, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, entre dos intereses en conflicto: el sacrificio de los derechos e intereses afectados y el beneficio que resulte para el interés público y de terceros –prohibición del exceso–, de modo que el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adaptación resulte para el interés público y de terceros [MARCHENA GÓMEZ, MANUEL – GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, NICOLÁS: Ob. Cit., p. 215]. Se ha de tomar en cuenta la gravedad del hecho –el más relevante–, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes en el caso concreto –aunque, más bien, este criterio objetivo está vinculado al principio de intervención indiciaria–, la vulnerabilidad de la víctima o la alarma social, y la relevancia del resultado perseguido con la restricción de derechos, siempre desde una valoración ex ante (STSE de 24 de mayo de 2017].

   El Tribunal Constitucional Español ha manifestado que el principio de proporcionalidad "exige una relación ponderada de los medios empleados con el fin perseguido, para evitar el sacrificio innecesario o excesivo de los derechos fundamentales, cuyo contenido esencial es intangible. Este principio inherente al valor justicia y muy cercano al de igualdad se opone frontalmente a la arbitrariedad en el ejercicio de los poderes públicos, cuya interdicción proclama el artículo 9 de nuestra Constitución" (STCE 66/1985).

   Dentro de los presupuestos del principio de proporcionalidad se encuentran, como presupuesto formal el principio de legalidad y como presupuesto material el principio de justificación teleológica. Este último introduce en el enjuiciamiento de la admisibilidad de las intromisiones del Estado en la esfera de derechos de los ciudadanos los valores que trata de salvaguardar la actuación de los poderes públicos y que precisan de gozar de la fuerza constitucional suficiente para enfrentarse a los valores representados por los derechos fundamentales restringidos –analizándose el fin en sí mismo considerado y que

tienda a la consecución de fines legítimos– [GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, NICOLÁS: Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el proceso penal, Editorial INPECCP–UCLM–CENALES, Lima, 2018, p. 81).

Asimismo, el principio de proporcionalidad, además, requiere el cumplimiento de requisitos extrínsecos e intrínsecos. Son dos los requisitos extrínsecos: jurisdiccionalidad de la medida en tanto se afecta de modo grave los derechos fundamentales, y motivación de las resoluciones judiciales [GONZÁLEZ CUÉLLAR SERRANO, NICOLÁS: Ob. Cit., p. 127].

Dentro de los requisitos intrínsecos se encuentran una serie de sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La idoneidad es un juicio de valor de objetivos de la decisión jurídica que dispone medidas frente a los derechos fundamentales, teniendo presentes los propósitos contenidos en la determinación de la decisión para confrontarlos con los objetivos preestablecidos en el sistema jurídico-constitucional y así concluir si son legítimos frente a este; el resultado del juicio de idoneidad, además, determinará la duración de la medida [MARCHENA GÓMEZ, MANUEL – GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, NICOLÁS: Ob. Cit., p. 214]. El segundo componente es el juicio de necesidad, también denominado de intervención mínima, o de subsidiariedad, que tiende a la optimización del grado de eficacia de los derechos individuales frente a las limitaciones –incluso protecciones y promociones que pueden tener efectos colaterales sobre otros derechos– que pudieran imponer en su ejercicio los poderes públicos –como dice la STSE de 27 de septiembre de 2016: "la valoración de la necesidad dependerá fundamentalmente de las circunstancia de cada caso, y entre ellas de los cauces por los que haya discurrido la investigación, de los que se pretende seguir y de las posibilidades racionales de continuar exitosamente aquella"–; en buena cuenta, a los efectos de estas técnicas, solo cabe acudir a ellas "[...] si es realmente imprescindible tanto desde la perspectiva de la probable utilidad como de la cualidad de insustituible, porque ni no es probable que se obtengan datos esenciales, o si estos se pueden lograr por otros medios menos gravosos, el principio de proporcionalidad vetaría la intervención" (STSE 844/2002, de 13 de mayo). Finalmente, el último componente

es el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, que mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, determina si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar. Si el sacrifico resulta excesivo, la medida deberá declararse inadmisible [LONDOÑO AYALA, CÉSAR: Principio de proporcionalidad en el Derecho procesal penal, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2009, pp. 386-387].

En esta perspectiva, para dictar una tal medida resulta imprescindible: A. Con carácter genérico, los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad. B. Los datos objetivos que pueden considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave [del previsto por la Ley], que deben ser accesibles a terceros. C. Los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible conexión de las personas afecta por la intervención con los hechos investigados, que no pueden consistir exclusivamente en valoraciones acerca de la persona. D. Los datos concretos de la actuación delictiva que permitan descartar que se trata de una investigación meramente prospectiva. E. La fuente de conocimiento del presunto delito, siendo insuficiente la mera afirmación de que se ha realizado una investigación previa, sin especificar mínimamente cuál ha sido su contenido, ni cuál ha sido su resultado (confróntese: STSE de 18 de abril de 2013).

4. **Principio de celeridad.** La aplicación de las técnicas especiales de investigación debe darse con prontitud y diligencia, por la finalidad de las mismas, y dentro del marco de la oportunidad de sus actuaciones. Incluso es posible que puedan otorgarse prórrogas, siempre que no vicie de ineficacia las fuentes de investigación o de prueba que puedan recabarse.

5. **Principio de reserva.** Las técnicas especiales de investigación se dictarán y ejecutarán dentro de la más estricta reserva o sigilo –una de las características más importantes es no ser detectado y por ello siempre se debe procurar realizarla de forma disimulada o no detectable, pues de otra forma, de advertirlo el sospechoso, reduciría drásticamente sus actividades ilícitas [MARTÍNEZ MARTÍNEZ, JOSÉ: Ob. Cit.,

p. 279]–. Ha de velar por seguridad de los agentes oficiales que las ejecutan, requerirá un férreo control y supervisión por el Ministerio Público y sus actuaciones, en aras de garantizar la confiabilidad de lo obtenido, deberán ser protocolizadas con el más estricto apego a las reglas correspondientes –la existencia de salvaguardas en defensa de los derechos de los afectados es fundamental–.

6. **Principio de pertinencia.** Autorizada la técnica especial de investigación, su ejecución ha de tener en cuenta la relación costo-beneficio y la complejidad de la investigación. Solo se recabarán aquellas informaciones relevantes para el debido esclarecimiento de los hechos investigados. Este principio sirve para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida; y, además, para la elección de la medida pertinente –ésta es la que requiere una justificación desde el punto de vista de este principio–.

7. **Principio de especialidad.** Las técnicas especiales tienen que estar relacionadas con la investigación de un hecho delictivo concreto, las personas, el objeto de la medida planteada y los datos previos con que se cuenta en el momento en que se acuerde utilizarlas. No se pueden utilizar para investigaciones prospectivas [GARCIMARTÍN MONTERO, REGINA: Los medios de investigación tecnológicos en el proceso penal, Editorial Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 233-34]. Los agentes oficiales –policías, fiscales y otros intervinientes legalmente autorizados– deberán ser idóneos, es decir, aptos o capaces, así como especializados o cualificados para lograr los objetivos de estas técnicas especiales, de suyo complejas y peligrosas.

8. **Principio de jurisdiccionalidad.** El CPP optó por establecer que las autorizaciones para las técnicas especiales de investigación deben provenir del Ministerio Público, al entender implícitamente que el nivel de afectación a los derechos fundamentales –es especial a la intimidad y autodeterminación informativa– es de débil o mediana intensidad. Pero, en caso puedan configurar una intensidad fuerte en el núcleo esencial de los derechos fundamentales se requerirá, siempre, orden de juez competente mediante una resolución fundada.

   La incidencia más numerosa de las técnicas especiales de investigación en cuanto a la utilización de la tecnología incide en el derecho a la vida privada. Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos

Humanos ha concebido este derecho de una manera muy amplia, de suerte que abarca múltiples aspectos de la identidad física y social de la persona. Cubre la integridad física y psicológica de una persona, la identificación der género, el nombre y la orientación sexual, así como la información sobre su salud, e incluso la identidad étnica. Protege, además, el derecho al desarrollo personal, y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior [ORTIZ PRADILLO, JUAN CARLOS: Ob. Cit., p. 320].

De otro lado, para ponderar la compatibilidad de las medidas dispuestas por la autoridad pública, las SSTEDH Friedl vs. Austria, de 31 de enero de 1995, y Peck vs. Reino Unido, de 28 de enero de 2003, precisado que ha de considerarse, entre otros parámetros, el contexto específico en que la información en cuestión ha sido recopilada y conservada, la naturaleza de los registros, la forma en que se utilizarían posteriormente esos registros procesados informáticamente, así como los resultados que pueden obtenerse y su grado de afectación sobre la intimidad del individuo.

§ 5. UTILIZACIÓN DE DRONES Y SATÉLITES EN LA LUCHA CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

25.° Dentro del ordenamiento procesal penal está regulada, como una medida de búsqueda de prueba, la Videovigilancia, según el Capítulo I, Título III del Libro Segundo del CPP, específicamente en el artículo 207[49]. Esta

---

[49] Artículo 207. Presupuestos y Ejecución

1. En las investigaciones por delitos violentos, graves o contra organizaciones delictivas, el Fiscal, por propia iniciativa o a pedido de la Policía, y sin conocimiento del afectado, puede ordenar:

a) Realizar tomas fotográficas y registro de imágenes; y,

b) Utilizar otros medios técnicos especiales determinados con finalidades de observación o para la investigación del lugar de residencia del investigado.

Estos medios técnicos de investigación se dispondrán cuando resulten indispensables para cumplir los fines de esclarecimiento o cuando la investigación resultare menos provechosa o se vería seriamente dificultada por otros medios.

2. Estas medidas podrán dirigirse contra otras personas si, en el supuesto del literal a) del numeral anterior, la averiguación de las circunstancias del hecho investigado se vieran, de otra forma, esencialmente dificultadas o, de no hacerlo, resultaren relevantemente menos provechosas. En el supuesto del literal b) del numeral anterior, se podrá dirigir contra otras personas cuando, en base a determinados hechos, se debe considerar que están en conexión con el investigado o cuando resulte indispensable para cumplir la finalidad de la investigación, sin cuya realización se podría frustrar dicha diligencia o su esclarecimiento pueda verse esencialmente agravado.

técnica especial de investigación –naturaleza derivada del artículo 14 de la Ley 30077[50]– tiene como objetivo obtener fuentes de investigación o de prueba que permitan sustentar un eventual requerimiento fiscal, como la prisión preventiva o alguna otra medida de coerción, así como la propia acusación y, en su caso, la sentencia si se incorpora al juicio oral como medio de prueba.

Los drones son un instrumento tecnológico mediante el cual se puede obtener fuentes de prueba por hechos penalmente relevantes. Se erige en una técnica especial denominada "videovigilancia", que tiene (i) la capacidad de incorporar dentro de sí dispositivos digitales destinados a realizar tomas fotográficas y registro de imágenes (artículo 207, apartado 1, literal 'a', del CPP); y, de la misma manera, (ii) puede ser utilizado para cumplir labores de observación o para la investigación del lugar de residencia del investigado (artículo 207, apartado 1, literal 'b', del CPP).

26.° En orden a lograr su eficacia procesal o probatoria, las grabaciones obtenidas por los drones deben superar un filtro de constitucionalidad. Por tanto, es imperativo el cumplimiento de los siguientes cuatro requisitos:

A. Principio de legalidad. Esta modalidad de videovigilancia debe tener una previa previsión legal, puesto que de lo contrario toda la información recabada se tornará ilícita.

B. Principio de proporcionalidad. Ante la eventual afectación de derechos fundamentales, como en su caso los derechos a la imagen (artículo 2, inciso 7, de la Constitución), a la inviolabilidad de domicilio (artículo 2, inciso 9, de la Constitución), a la intimidad personal y familiar (artículo 2, inciso 7, de la Constitución), entre otros, es necesario que su utilización superen el test de proporcionalidad.

---

3. Se requerirá autorización judicial cuando estos medios técnicos de investigación se realicen en el interior de inmuebles o lugares cerrados.

4. Las medidas previstas en el presente artículo también se pueden llevar a cabo si, por la naturaleza y ámbito de la investigación, se ven irremediablemente afectadas terceras personas.

5. Para su utilización como prueba en el *juicio, rige el procedimiento de control previsto para la intervención de comunicaciones.*

[50] Artículo 14. Acciones de seguimiento y vigilancia

El fiscal, de oficio o a instancia de la autoridad policial, y sin conocimiento del investigado, puede disponer que este o terceras personas con las que guarda conexión sean sometidos a seguimiento y vigilancia por parte de la Policía Nacional del Perú, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 207 del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957.

C. **Autenticidad e inmediatez temporal.** Una vez grabada la información que contiene medios de investigación o de prueba inculpatorios, siempre por mandato del Fiscal debe seguirse el procedimiento de control previsto para la intervención de comunicaciones (concordancia, en lo pertinente, de los artículos 207, apartado 5, y 231 del CPP). Recuérdese que la orden de videovigilancia es una atribución del Ministerio Público –salvo cuando se afecte la libertad domiciliaria (artículo 207, apartado 3, del CPPP– y el procedimiento de ejecución es el contemplado para la intervención de comunicaciones con arreglo a las reglas del artículo 231 del CPP.

Es importante garantizar la fiabilidad de lo obtenido, lo cual se logrará con la aportación original del soporte físico donde se encuentra almacenada, lo que se justifica en la necesidad de evitar reproducciones irregulares y manipulaciones indebidas que el contenido esencial de la información obtenida –videograbación y/o imagen–, con el riesgo fundado de una malinterpretación del contexto en que fue tomada [Quispe Farfán, Fany: *Uso de la videovigilancia en la investigación del delito*. En: *Los actos de investigación contra el crimen organizado*. AAVV. Cubas Villanueva, Víctor – Girao, Miguel (Coordinadores), 2016, Instituto Pacífico, pp. 574-575].

Lo expuesto no debe llevar a la errónea interpretación de que solo los archivos originales tienen capacidad para desvirtuar la presunción de inocencia. En caso se pretenda utilizar una copia, debe seguirse la protocolización correspondiente por quien tiene la fe pública judicial notarial.

El requisito de la inmediatez, en los casos de utilización de drones utilizados por particulares no implica necesariamente que si el material obtenido no es puesto a disposición del Ministerio Público en un lapso relativamente corto, este se torne ineficaz. La inmediatez busca garantizar que los riesgos de manipulación sean disminuidos considerablemente (Etxeberria Guridi, José: *Videovigilancia y su eficacia en el proceso penal español*. En: AAVV. Cubas Villanueva, Víctor – Girao, Miguel (Coordinadores), *Los actos de investigación contra el crimen organizado*, 2016, Instituto Pacífico, p. 481). En estos casos, como su aporte se hace a través del medio de prueba documental, siempre, será necesario, realizar pericias para

determinar alteraciones significativas en su contenido (artículo 186, apartado 2, del CPP).

En consonancia con lo anotado, ante los posibles sesgos cognitivos y la desconfianza de las imágenes y filmaciones –falta de perseidad probatoria–, deberán emplearse los criterios establecidos en el Acuerdo Plenario 4-2015/CIJ-116, de 21 de junio de 2016, a través de la concreción de lo comúnmente denominado "prueba sobre prueba". Siempre es de cuidar que no se considere incontestable los productos derivados de tal práctica probatoria; los jueces deben estar preparados para detectar con ayuda de peritos, salvo que la manipulación sea tan burda y fácilmente identificable, alteraciones de las pruebas videográficas.

D. Integridad. El contenido total de la videograbación o de la imagen captada a través de la videovigilancia ha de ser resguardada por el Ministerio Público, y al finalizar la medida puesta en conocimiento del juez –si la orden tuvo origen judicial– y al afectado, quien puede instar su reexamen judicial en los términos del artículo 231, apartado 3, del CPP, sin perjuicio de solicitar la realización de las pericias de autentificación correspondientes. El afectado debe conocer el conjunto de las actas levantadas, la totalidad de las grabaciones, videograbaciones o fotografías obtenidas, y de las relevantes. Esto garantiza la vigencia de los principios de igualdad de armas y contradicción.

27.° Es de enfatizar que el uso de drones puede implicar una vulneración del derecho a la libre personalidad y al proyecto de vida de cada individuo en específico. La potencial injerencia tendrá diferente repercusión tratándose de investigaciones en lugares públicos o en lugares privados. Por lugar público debe entenderse aquel espacio abierto al público al que, en principio, cualquiera podría acceder libremente y sin ningún tipo de autorización específica. Éste posee la peculiar característica de estar supervisado por las autoridades públicas, motivo por el cual sus facultades de intervención son mucho mayores que en el caso de las propiedades privadas. Se trata, por ejemplo, de los parques, calles peatonales, aparcamientos al aire libre, estadios deportivos, etcétera [Gordillo Pérez, Luis: *Videovigilancia y derechos fundamentales: los estándares del Consejo de Europa*. En: AA.VV. Abel Lluch, Xavier – Pico y Junoy, Joan – Richard González, Manuel (Directores), *La prueba*

judicial – Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa, Tomo II, Editorial La Ley, Madrid, 2011, p. 1568). No obstante, dependiendo de las circunstancias, es de advertir que un espacio privado puede convertirse en público, por ejemplo, cuando se realiza una videollamada a través de la Red Social Facebook y cientos de personas observan la transmisión, conociendo a través de la cámara web el interior del cuarto donde se realiza el intercambio de información. Es por eso que caso por caso se han de analizar las circunstancias fácticas en orden a determinar si se está en un espacio público o íntimo.

28.° Lo que ocurre en el espacio público no va a requerir autorización judicial para la utilización de la videovigilancia, porque implica la ausencia de manifestaciones de la intimidad o de otros derechos fundamentales conexos en espacio público. Sin embargo, la utilización de la técnica de videovigilancia o, incluso, de vigilancia directa, requerirá autorización judicial en aquellos supuestos en que exista "[...] *una zona de interacción entre el individuo y los otros que puede revelar la vida privada, incluso en un contexto público*" (STEDH Peck vs. Reino Unido, de 28 de enero de 2003). Entonces ha de verificarse la "expectativa razonable de la persona que está siendo investigada", y es que si bien es cierto las personas participan conscientemente en actividades cotidianas en lugares públicos que pueden ser registrados, la creación de una grabación permanente de tal material perteneciente al dominio público puede dar lugar a consideraciones vinculadas a la vida privada (STEDH P.G. et. J.H. vs. Reino Unido, de 25 de septiembre de 2001).

29.° Para calificar de grave la afectación, *ex ante* quien busque con el dron la obtención de información en espacios públicos ha de considerar una serie de variables al momento de utilizarlo. En este sentido, cuando se pretenda grabar conversaciones en espacios públicos, el carácter de privado o no de estas marca una línea de divergencia en orden a determinar si se requiere autorización judicial o no. El problema radica en la dificultad para reconocer si efectivamente las conversaciones son privadas o no, y ello se determinaría *a posteriori*. Sin embargo, al margen de entrar a considerar el contenido de las conversaciones, el carácter privado o no de las mismas en realidad estaría determinado por el comportamiento de los propios interlocutores que reflejarían su voluntad de mantener fuera de las intromisiones ajenas dicho contenido. Así pues, es distinta la actitud de dos personas que hablan en voz alta rodeados de varias personas, que

el contexto en el cual hay dos personas que hablan en una zona apartada, pese a tratarse de un lugar público, en voz baja, etcétera [Etxeberria Guridi, José: *Ob. Cit.* p. 476].

30.° En lo que respecta al espacio privado, no siempre lo que se desarrolle en el interior de una vivienda gozará la protección del derecho a la inviolabilidad de domicilio. La STSE 453/1997, de 15 de abril de 1997, es ilustrativa al respecto. Expresó que "[...] *la autorización judicial será necesaria cuando sea imprescindible vencer un obstáculo que haya predispuesto [el titular del inmueble] para salvaguardar la intimidad. Cuando, por el contrario, tal obstáculo no existe, como en el caso de una ventana que permite ver la vida que se desarrolla en el interior de un domicilio, no es necesaria una autorización judicial*". Asimismo, la STS 620/1997, de 5 de mayo, homologa espacios que pueden conciliar con la idea de domicilio, aunque no estén destinados a tal uso. Por ejemplo, los baños públicos. Así pues, se ha diferenciado la "*zona común de lo que es propiamente el retrete donde se realizan las necesidades fisiológicas*". En el caso del primero no será necesaria una autorización judicial, sin embargo para el segundo caso sí es necesaria por la afectación al núcleo más estricto de la intimidad. Como conclusión, los datos penalmente relevantes que se obtengan de la "zona común" de los baños públicos solo requerirán autorización fiscal. Otro ejemplo de homologación lo constituyen los vestidores de centros comerciales.

31.° No solo podrán ser introducidas al proceso las videograbaciones o toma de imágenes que provengan de una estricta diligencia de búsqueda de pruebas como la videovigilancia, sino también aquellos otros datos que provengan del uso de civiles que operan drones de forma recreativa. Tanto en el primer como segundo caso, la información entrará al proceso penal a través de la prueba documental.

Las grabaciones efectuadas por civiles mediante drones de uso recreativo tendrán eficacia probatoria siempre y cuando se haya respetado los derechos fundamentales implicados. Ello supone la realización de un test de proporcionalidad al momento de admitirlos como medios de prueba en la etapa intermedia. Además, como son drones operados a control remoto (necesaria manipulación por parte de un ser humano), en un eventual juicio oral debe reforzarse este medio de prueba con la declaración testimonial del piloto del dron (artículo 186, apartado 1, del CPP), contextualizando el modo de obtención de la información en espacio, tiempo, modo, etcétera.

Del mismo modo, la videofilmación obtenida por un dron operado a control remoto por un funcionario policial requiere necesariamente, además de su incorporación al proceso penal en la etapa intermedia, la declaración testimonial del policía en un eventual juicio oral. Dependiendo del sujeto (civil/policía) que haya obtenido la información, la valoración tendrá diferentes niveles y exigencias. Ha de extremarse con cautela los requisitos que implican la obtención de fuentes de información por parte de la Policía Nacional, pues como son funcionarios públicos que tienen la obligación de conocer sus funciones y la forma de realizarlas, el filtro de admisibilidad debe ser mayor que en el caso de civiles que captan vídeos o imágenes a través de sus drones recreativos que eventualmente puedan registrar la comisión de un hecho punible [Etxeberria Guridi, José: *Ob. Cit.*, p. 480].

32.° La realidad existencial es infinita y la capacidad del ser humano para percibirla a través de los sentidos es limitada por su propia naturaleza humana. Cuando se presenta ante el juzgador una imagen o videofilmación, no se debe caer en el error de considerar que aquello que se le muestra constituye prueba invencible. En estos casos la inmediación se erige sobretodo en una garantía que contribuye a la formación de un discurso racional y justificado sobre los medios de prueba que el órgano jurisdiccional deberá objetivar y verter en la motivación de su resolución. Una imagen transmite hechos que van a ser objeto de prueba, por lo tanto, el juez no debe prejuzgar su contenido. Los hechos no están sucediendo, sino que se están reproduciendo en la Sala de Audiencias través de una filmación realizada de un modo determinado. Ninguna prueba muestra los hechos como tales hechos punibles, sino como narraciones que los reproducen. Está clara la fuerza probatoria de la filmación de la imagen y del sonido, la cuestión fundamental es el grado de credibilidad que se le puede dar [Bujosa Vadell, Lorenzo: *Tecnologías de inmagen y valoraciónd e la prueba.* En: AA.VV. Asencio Mellado, José María (Director), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, 2017, pp. 219-229].

3.2 LOS SATÉLITES

34. ° El satélite, de acuerdo a la segunda acepción del Diccionario de la Real Academia española, es un vehículo espacial, tripulado o no, que se coloca en órbita alrededor de la tierra o de otro astro, y que lleva aparatos apropiados para recoger información y transmitirla. Los satélites captan la luz que se

refleja desde la superficie de la tierra, para luego procesarla y digitalizarla en una imagen. Vale decir, obtiene una imagen de tal grado de complejidad que solo puede ser producida por una computadora usando las tomas de los satélites, usualmente de superficies a gran distancia y de conocimiento complejo. Ejemplos de estas imágenes satelitales se encuentran en Google Earth, que son de mucha utilidad en el proceso penal, sobre todo para verificar recorridos o ubicaciones en determinado momento. En esta línea, los satélites producen información que eventualmente podrá ser utilizada en el marco de un proceso penal contra la delincuencia. Asimismo, tiene un gran impacto en la investigación de delitos ambientales, sobre todo para conocer los daños de la minería ilegal, la deforestación de los bosques de la Amazonía, e inclusive detectar concentraciones móviles de personas vinculadas a la trata de personas.

Los satélites también son instrumentos tecnológicos a través de los cuales se facilita la obtención de fuentes de prueba en la lucha contra la criminalidad organizada. Asimismo, pueden ser utilizados mediante la videovigilancia para realizar tomas fotográficas y hacer seguimiento a puntos específicos del globo terrestre que tengan vinculación con la comisión de un hecho punible.

38.° No obstante las bondades que pueden ofrecer las imágenes satelitales en la persecución del delito, los jueces están poco familiarizados con esta tecnología compleja. A ello se aúna la falta de precedentes judiciales que orienten la admisión y valoración de este medio probatorio sofisticado. Para superar estos problemas, se plantean los siguientes criterios de admisibilidad y valoración probatoria:

A. Las imágenes satelitales deben ser recopiladas con respeto irrestricto del núcleo intangible de los derechos fundamentales, debiendo realizarse un test de proporcionalidad con el fin de determinar si la injerencia dentro del derecho fundamental conculcado resulta legítima y proporcional. Las imágenes satelitales poseen capacidad técnica de vulnerar, al menos potencialmente, la vida privada de las personas.

B. El Satélite PeruSat-1 puede ser utilizado en la investigación de delitos vinculados con la criminalidad organizada, a través de la videovigilancia (artículo 207, apartado 1, literales 'a' y 'b' del CPP). Las imágenes satelitales se introducirán al proceso penal a través

de la prueba documental, cumpliéndose además los requisitos de autenticidad, integridad, inmediatez, objetividad y exactitud.

C. Las imágenes satelitales, cumplidos los requisitos antes indicados, tienen entidad para desvirtuar la presunción de inocencia de los acusados. Desde la perspectiva de la exigencia de corroboración será del caso, en función al contexto del caso, contar –si correspondiera– con prueba testifical, prueba documental de informes, otras imágenes y/o grabaciones, prueba pericial, etcétera.

D. Necesariamente el procesamiento de las imágenes satelitales implica la manipulación por una serie de personas en orden a obtener la decodificación de estas. Por lo tanto, ha de seguirse con sumo cuidado el procedimiento de cadena de custodia, conforme a los parámetros establecidos en el Acuerdo Plenario 06-2012/CJ-116, para su almacenamiento, conservación y ulterior utilización en el proceso penal. Deberá certificarse las circunstancias en que fueron tomadas las imágenes satelitales y el trayecto que recorrieron, dada la alta complejidad en su procesamiento. Si, razonablemente, se desconfía de la autenticidad de la imagen satelital, será del caso acudir a los medios de prueba denominados "prueba sobre prueba".

9. DELITOS CONTRA LA HUMANIDAD

A. DESAPARICIÓN FORZADA

114

§114. El delito de desaparición Forzada

Acuerdo Plenario	9-2009/CJ-116
Fecha	13 de noviembre del 2009
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	Molina Ordoñez y Biaggi Gómez.
Jueces Supremos	Gonzáles Campos, San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Valdez Roca, Barrientos Peña, Biaggi Gómez, Molina Ordoñez, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Barandiarán Dempwolf, Neyra Flores, Calderón Castillo y Zevallos Soto.
Disposiciones estudiadas	Arts. 320 del CP.; 7°.1 y 29° del ECPI.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	6° al 16°

RESUMEN:

El delito de desaparición forzada es un crimen internacional considerado así por el Derecho Internacional Penal Convencional. Se caracteriza por ser un ***delito complejo*** *–esto es, en su comisión participará normalmente más de un autor con un propósito delictivo común-, un delito* ***especial propio*** *-ya que solo puede cometerse por un funcionario o servidor público competente para informar sobre el paradero o situación jurídica del afectado-, y un delito* ***de incumplimiento de deber****, en tanto representa el ejercicio abusivo del poder del Estado –de lo que se desliga que el sujeto activo mantendrá su obligación de cumplir con informar sobre el destino o situación jurídica de la persona privada de libertad así haya dejado de ser funcionario-.*

Debido a que afecta la idea misma de dignidad de la persona y el contenido nuclear de los derechos humanos más trascendentes, el delito de desaparición forzada es un ***delito imprescriptible****.*

Son dos las conductas sucesivas que han de tener lugar para la tipificación de este ilícito: ***a)*** *la privación de libertad de una persona, cuyo origen puede ser legal o ilegal; y,* ***b)*** *la no información sobre la suerte o el paradero de la persona a quien se le ha privado de su libertad. El fin que se persigue por medio del delito de desaparición forzada es* ***sustraer a la persona privada de libertad de la protección de la ley e impedir o dificultar la protección jurídica del afectado****.*

El delito se consolida cuando no se brinda la información legalmente impuesta sobre el paradero o situación jurídica del afectado, sin que para ello se requiera que el autor de la privación de la libertad sea al mismo tiempo de la negativa a brindar información. ***La no información es, por consiguiente, el elemento esencial del tipo legal****. En este sentido, el delito de desaparición forzada se consuma cuando el individuo privado de su libertad desaparece, y ello ocurre cuando el agente estatal no brinda información sobre la privación de libertad de una persona o sobre su paradero. Por tanto, la consumación del delito no concluye con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad del autor a lo largo del tiempo: nos encontramos ante un* ***delito de ejecución permanente****.*

FUNDAMENTOS:

"Aspectos generales acerca del delito de desaparición forzada de personas:

6°. El delito de desaparición forzada es considerado como un crimen internacional por el Derecho Internacional Penal Convencional. Además, actualmente, está regulado en nuestro derecho interno por el artículo 320° del Código Penal; norma que prescribe: "*El funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tengan por resultado su desaparición debidamente comprobada será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 15 años e inhabilitación conforme al artículo 36° inciso 1 y 2*".

Este tipo penal fue introducido inicialmente a nuestro ordenamiento penal por el Código Penal vigente, aprobado por Decreto Legislativo número 635, del 8 de abril de 1991. El legislador de ese entonces lo ubicó en el artículo 323°, del Capítulo II "Terrorismo" del Título XIV "Delitos contra la Tranquilidad Pública" del Libro Segundo "Parte Especial", con un texto similar al presente, aunque sin la frase final "[por resultado

su desaparición]...*debidamente comprobada*". Posteriormente, esta disposición se derogó como consecuencia de la reestructuración de los delitos de terrorismo por el Decreto Ley número 25475, del l6 de mayo de 1992 –artículo 22º- . Pero, mediante el Decreto Ley número 25592, del 2 de julio de 1992, se reinstauró como tipo legal autónomo con el texto que ahora se conoce. Recién, a través de la Ley número 26926, del 21 de febrero de 1998, siempre con el mismo tenor, se incorporó al Código Penal –artículo 320º-, en el creado Título XIV-A "Delito contra la Humanidad".

7º. Ahora bien, tratándose de un delito complejo –en cuya comisión participará normalmente más de un autor con un propósito delictivo común-, especialmente grave, que puede ser cometido de muy diversas maneras, que se produce en el ejercicio abusivo del poder del Estado, y que compromete el respeto de los derechos fundamentales de la persona, afecta la idea misma de dignidad de la persona y contenido nuclear de los derechos humanos más trascendentes –de ahí que se estima que el bien jurídico vulnerado tiene una naturaleza institucional-, es necesario precisar sus características, elementos y efectos. Así las cosas, como es obvio y por imperio de los artículos 2º.24.d) y 139º. 9 y 11 de la Constitución, así como del artículo II del Título Preliminar del Código Penal, se ha de partir del principio o garantía de legalidad penal, expresado en el apotegma "*nullun crimen, nulla poena, nulla mensura sine lege*", así como de la necesaria correspondencia entre el Derecho interno y el Derecho Internacional Penal.

El delito de desaparición forzada de personas, como se ha expuesto, está configurado por Tratados internacionales, que han sido aprobados y ratificados por el Estado peruano. Habida cuenta de la primacía en este ámbito, en la medida que se refieren a derechos fundamentales, del Derecho Internacional (Sentencia del Tribunal Constitucional del 25 de abril de 2006), es de rigor interpretar sus normas con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución). Esta perspectiva, a su vez, permitirá mantener la unidad del sistema jurídico.

Es cierto que las normas internacionales en materia penal, siempre que tengan un carácter incriminatorio, tienen un carácter de no autoaplicativas –*non self executing*-, pues requieren de una norma interna de desarrollo; pero ello, en modo alguno, significa disociar los tipos legales nacionales

de las exigencias internacionales, por lo que corresponde a la jurisdicción penal ordinaria armonizar en lo posible el tipo de lo injusto del delito de desaparición forzada de personas con las exigencias de la normativa supranacional.

8°. Lo expuesto en el párrafo anterior tiene relevancia en la medida en que el citado artículo 320° del Código Penal no se ha adecuado estrictamente a la prescripción normativa de la desaparición forzada tal como está expresada en las normas internacionales del cual forma parte. En efecto:

A. Los tratados sobre la materia fueron precedidos de una serie de disposiciones dictadas por Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos. Así, en sede universal, el delito en cuestión fue tenido en cuenta para la creación del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, mediante resolución 20 (xxxvi) del 29 de febrero de 1980, y antes por la Asamblea General [resoluciones número 3450 (xxx) del 9 de diciembre de 1975; 3218, del 16 de diciembre de 1977, y número 33/173 del 20 de diciembre de 1978]; así como por el Consejo Económico y Social (resolución 1979/38 del 10 de mayo de 1979), y por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías [resolución 5B (xxxii) del 5 de septiembre de 1979]. En sede regional americana, la Asamblea General de la OEA y la CoIDH se han pronunciado; la primera en las resoluciones de Asamblea General número 443 (ix/0/79), del 31 de octubre de 1979; número 510 (x/0/80), del 27 de noviembre de 1982; 666 (xii/0/83), del 18 de noviembre de 1983; 742 (xiv/0/84), del 17 de noviembre de 1984; y 890 (xvii/0/87), del 4 de noviembre de 1987; y, la segunda, en diversos informes anuales, como los de 1978, 1980-1981, 1982-1983, 1985-1986, 1986-1987, y en informes especiales como los de Argentina Chile y Guatemala.

B. A ellas se agrega, como primer instrumento internacional de carácter no convencional, la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas número 47/173, del 18 de diciembre de 1992, cuyo preámbulo –tercer punto- describe este ilícito, cuando "*...se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o cu su apoyo directo o*

indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley".

C. El primer tratado, de ámbito regional, es la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en Belém do Pará - Brasil el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. En su artículo II indica que se considera desaparición forzada "*...la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes*".

D. El segundo instrumento, esta vez de ámbito mundial, es el Estatuto de la Corte Penal Internacional, del 17 de julio de 1998, que entró en vigor 1 de julio de 2002; a su vez completada por "los Elementos de los crímenes" –artículo 7º 1)i) "crimen de lesa humanidad de desaparición forzada"-, adoptados el 9 de febrero de 2002. El artículo 7º.2 i) del ECPI describe este delito como "*...la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado*".

E. El tercer instrumento, de ámbito mundial, aún no vigente, es la "Convención Internacional para la protección de todas las personas de desapariciones forzadas", aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante resolución número A/RES/61-177, del 20 de diciembre de 2006. El artículo II dispone: "*A los efectos de la presente Convención, se entenderá por desaparición forzada' el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sea obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley*".

9°. La principal distancia entre el tipo legal nacional y las normas internacionales se da en el ámbito del sujeto activo y, tal vez, en relación a la descripción del elemento fundamental del tipo legal de desaparición forzada.

A. La CIDH ha declarado con absoluta claridad en la SCIDH Gómez Palomino, del 22 de noviembre de 2005, que la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada y demás instrumentos internacionales consideran como sujeto activo del delito tanto a un agente estatal como un agente no estatal "*personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado*" (párrafos 100-102). La incompleta descripción típica del artículo 320° del Código Penal, en este ámbito, ha sido reiterada en la SCIDH Anzualdo Castro, del 22 de septiembre de 2009 (párrafos 164-167).

B. El elemento esencial del delito de desaparición forzada es la no información sobre la suerte o el paradero de la persona a quien se ha privado, legal o ilegalmente, de su libertad. El artículo 320° del Código Penal se limita a señalar la "desaparición debidamente comprobada" de toda persona a quien se privó de su libertad. Siendo así, será del caso entender las acciones de desaparición debidamente comprobada ejecutadas por agentes estatales como la no información de aquéllos sobre la suerte o el paradero de la persona a quien se ha privado de su libertad.

Características del delito:

10°. El tipo legal de desaparición forzada, en cuanto a su conducta típica, es un delito complejo que puede ser cometido de diversas maneras. Son dos las conductas sucesivas que han de tener lugar para la tipificación de este ilícito: **a)** la privación de libertad de una persona, a quien se la oculta, y cuyo origen puede ser *ab initio* legal o ilegal (SSCIDH Trujillo Oroza, del 26 de enero de 2000, y Heliodoro Portugal, del 12 de agosto de 2008); y **b)** la no información sobre la suerte o el paradero de la persona a quien se le ha privado de su libertad. La desaparición „*debidamente comprobada*": no dar información de una persona, a quien no se le encuentra en los lugares donde normal o razonablemente debía estar –desconocimiento de su localización-, precisamente, se consolida cuando se cumple este elemento, esto es, no brindar la información legalmente impuesta sobre el paradero o

situación jurídica del afectado, que ha de tener, como presupuesto o como acción preparatoria incorporada al tipo legal, la privación de libertad del individuo sobre el que recae la acción típica –acto inicial-.

La no información es, por consiguiente, el elemento esencial del tipo legal, cuyo fin y efecto automático es sustraer a la persona privada de libertad de la protección de la ley, esto es, impedir o dificultar la protección jurídica del afectado, a quien se le sustrae. Este elemento no requiere que el autor de la privación de la libertad sea al mismo tiempo de la negativa a brindar información [KAI AMBOS/MARÍA LAURA BÖHM: *La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo*. En: Desaparición Forzada de Personas – Análisis comparado e internacional, (Coordinador: KAI AMBOS), Profis, Editorial Temis, Bogotá, 2009, páginas 232/233], aunque por lo general, según la experiencia en este tipo de delitos, la privación de libertad y la desaparición propiamente dicha forman parte de un mismo operativo, plan o estrategia.

11º. El deber de informar es fundamental para la tipificación de la conducta delictiva: es un *delito de incumplimiento del deber*. El funcionario o servidor público infringe este deber, que fluye de la normativa penal, si no cumple con proporcionar la información necesaria –que está en el ámbito de su conocimiento o potestad de acceso a las fuentes de conocimiento sobre el suceso- para hacer cesar la sustracción del individuo afectado del sistema legal de protección, sin que sea necesario un requerimiento expreso. El deber de información se impone en virtud del principio de injerencia, sea que la privación de libertad sea legal o ilegal. Mientras perdura el estado de desaparición de la persona, a todos los agentes que estén en la potestad y en las condiciones de conocer lo acontecido le es exigible este deber. No es necesario que los autores o partícipes intervengan desde el comienzo de la ejecución para que respondan penalmente [IVÁN MEINI MENDEZ: *Perú: El delito de desaparición forzada*. En: Desaparición Forzada de Personas – Análisis comparado e internacional, (Coordinador: KAI AMBOS), obra citada, página 122].

En atención a las características de este delito, el sujeto activo mantiene su obligación de cumplir con informar sobre el destino o situación jurídica de la persona privada de libertad así haya dejado de ser funcionario, por cuanto en su oportunidad y en determinadas circunstancias generó o conoció de la privación de libertad, situación que –según se ha destacado-

lo convierte en garante y esta seguirá hasta que se deje considerar desaparecido a una persona (aparezca vivo o muerto).

Cabe mencionar como base fundamental del deber de información que compete a los agentes estatales lo dispuesto en el artículo XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que establece: "*Toda persona privada de libertad debe ser mantenida en lugares de detención oficialmente reconocidos y presentada sin demora, conforme a la legislación interna respectiva, a la autoridad competente.- Los Estados Parte establecerán y mantendrán registros oficiales actualizados sobre sus detenidos y, conforme a su legislación interna, los pondrán a disposición de los familiares, jueces, abogados, cualquier persona con interés legítimo y otras autoridades*".

12°. El tipo legal nacional de desaparición forzada de personas, al igual que la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas [similar es el caso del delito de torturas en relación con la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes], no exige el elemento contextual "ataque generalizado o sistemático contra una población civil" el que se deben integrar los hechos individuales de desaparición forzada. Esta última exigencia se presenta en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 7°.1, que le atribuye la condición de crimen de lesa humanidad y, por ende, derechamente, adquiere el carácter de imprescriptible –artículo 29° del ECPI-.

Si no se presenta el elemento contextual el hecho individual antes descrito configurará un delito contra los derechos humanos, cuya criminalización se impone en virtud del Derecho Internacional Convencional y constituye violaciones graves de estos derechos que se producen en el ejercicio abuso del poder del Estado. La imprescriptibilidad del delito de desaparición forzada de personas, aún cuando no se presente el aludido elemento contextual, está afirmada por el artículo VII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. El fundamento de esta disposición reside en que su práctica por parte de funcionarios o servidores públicos infringe deberes estatales vinculados al respeto de los derechos fundamentales de la persona, entre ellos esencialmente el derecho a la personalidad jurídica [YVAN MONTOYA VIVANCO: *La desaparición forzada de personas como delito permanente: consecuencias dogmático penales*, Cuaderno de Trabajo número 11, Departamento Académico de Derecho PUCP, Lima, Agosto, 2009, página 28],

Ambos delitos (crimen de lesa humanidad y delitos contra los derechos humanos) son expresiones o forman parte del Derecho Internacional Penal [YVÁN MONTOYA VIVANCO: *El Derecho Internacional y los delitos.* En: Los caminos de la justicia penal y los derechos humanos (FRANCISCO MACEDO: coordinador), Idehpucp, Lima, 2007, página 40].

13°. El delito de desaparición forzada de personas es un delito especial propio. Sólo puede ser perpetrado por un agente estatal competente para informar sobre el paradero o situación jurídica del afectado –aquí reside, como ha quedado expuesto, el principal defecto de la legislación nacional, censurada por la CIDH, puesto que el Derecho Internacional Penal también comprende a una organización política, sin que necesariamente pertenezca a la estructura estatal-. El agente estatal, como sujeto cualificado, mantiene un deber específico sobre el suceso, de carácter extrapenal respecto al sujeto privado de la libertad, dada la posición de proximidad fáctica con respecto a la vulnerabilidad del bien jurídico [MONTOYA VIVANCO, YVÁN: *La desaparición forzada de personas como delito permanente consecuencias dogmático penales.* En: Cuaderno de trabajo número 11, PUCP, Lima, agosto 2009].

La jurisprudencia de la CIDH (SSCIDH Velásquez Rodríguez, del 29 de julio de 1988; Godínez Cruz, del 20 de enero de 1989; Gómez Palomino, del 22 de noviembre de 2005; Blake, del 24 de enero de 1998) y del Tribunal Constitucional (STC Villegas Namuche, número 2488-2002-HC/TC, del 18 de marzo de 2004) insisten en que se trata de un delito pluriofensivo, de una violación múltiple y continuada de varios derechos fundamentales y convencionales, más precisamente de lesión de la libertad personal y de peligro a la integridad personal, a la seguridad y a la vida [JUAN LUIS MODOLELL GONZÁLES: *El crimen de desaparición forzada de personas según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* En: Revista Derecho PUC, número 63, noviembre 2009, página 144], cuya comisión acarrea otros delitos conexos, más aún en un contexto de violación sistemática o generalizada de violación de los derechos humanos.

Esas referencias, empero, están vinculadas a la responsabilidad internacional del Estado, y si es de rigor concentrarse en el Derecho Penal –internacional y nacional- necesariamente cabe afirmar la autonomía del delito en cuestión [así considerado incluso por la SCIDH Anzualdo Castro, párrafo 59] –que no puede ser considerado como un supuesto

agravado de delitos preexistentes- y la necesidad de un bien jurídico propio. Por consiguiente, el objeto de lesión o el desvalor de la acción específico –más allá de reconocer que en todos los delitos contra los derechos humanos cometidos por agentes estatales que integran la Policía Nacional o las Fuerzas Armadas el bien jurídico común está referido a las garantías institucionales para el ejercicio de los derechos fundamentales frente al ejercicio a abusivo del poder público- se ha de residenciar en sentido estricto, en tanto la finalidad del delito es abstraer al individuo del ámbito de protección de la ley [GIOVANNA VÉLEZ FERNÁNDEZ: *La Desaparición Forzadas de las Personas y su tipificación en el Código Penal Peruano*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima 2004, página 111], en la protección de la personalidad jurídica –no sólo en la dimensión jurídico procesal de protección al ser humano sino se niega al ser humano en su calidad de tal, como centro integral de derechos y obligaciones- [YVAN MONTOYA VIVANCO: *La desaparición forzada de personas como delito permanente: consecuencias dogmático penales*, *Obra citada*, página 15], en el derecho a la administración de justicia y al esclarecimiento de los hechos, en sus tres niveles, a saber: individual, familiar y social [así, IVAN MEINI y KAI AMBOS, *Obra citada*, páginas 121 y 224]. Esta figura, por ende, protege un doble interés individual y público al exigir el cumplimiento del deber de información sobre la privación de la libertad.

14º. El delito de desaparición forzada, por la forma de afectación del objeto de protección, es un delito permanente. Ahora bien, este delito se consuma cuando el individuo privado de su libertad desaparece, y ello ocurre cuando el agente estatal no brinda información sobre la privación de libertad de una persona o sobre su paradero y, de ese modo, "*...sustrae a la víctima de sus derechos y de la capacidad de defensa e impide que la administración de justicia pueda ejercer sus funciones y deberes jurisdiccionales y de protección*" [PABLO GALAIN PALERMO: *Uruguay: El delito de desaparición forzada*. En: Desaparición Forzada de Personas – Análisis comparado e internacional, (Coordinador: KAI AMBOS), obra citada, página 151].

Los delitos permanentes, como se sabe, se caracterizan porque la conducta típica se consuma en el tiempo. La consumación del delito -en puridad, agregamos, su terminación o consumación material) no concluye con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad del autor a

lo largo del tiempo [PERCY GARCÍA CAVERO: *Lecciones de Derecho Penal,* Editorial Grijley, Lima, 2008, página 315].

Siendo así, en el delito de desaparición forzada de personas la fase consumativa se extiende, la ofensa al bien jurídico se prolonga en el tiempo, en virtud al mantenimiento del comportamiento peligroso del agente –dependiente en su totalidad de su ejecución de la voluntad del agente-; esto es, en el caso concreto, hasta que no se da la información correspondiente sobre el paradero del afectado, mientras el deber de informar no sea satisfecho. El momento en que tal permanencia cesa se presenta cuando se establezca el destino o paradero de la víctima –ésta "aparece"-, o cuando sean debidamente localizados e identificados sus restos (SCIDH Heliodoro Portugal, párrafo 34); se supere, de este modo, la falta de información que bloquee los recursos materiales y legales para el ejercicio de derechos y el esclarecimiento de los hechos, y mientras de este modo perdure el dolor e incertidumbre en los allegados de la persona desaparecida y en la sociedad en general [KAI AMBOS/MARÍA LAURA BÖHM: *La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo*. En: Desaparición Forzada de Personas – Análisis comparado e internacional, (Coordinador: KAI AMBOS), *Obra citada*, página 250].

Compatible con lo expuesto es el artículo 17° de la Declaración de Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, que preceptúa: "*Todo acto de desaparición forzada será considerado delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos*". De la misma manera, el artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas estipula que: "... *Dicho delito será considerado como continuado* [sic] *o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima*".

La situación antijurídica duradera puede cesar debido a diversos factores, tales como la propia voluntad del agente –cuando se decida a informar sobre el paradero de la víctima-, la intervención de cursos salvadores –descubrimiento del paradero de la víctima y de su situación por terceras personas o por decisión judicial que resuelve dicha situación de incertidumbre; la víctima recupera la libertad y por tanto "aparece"-, o la cesación del deber de informar del agente involucrado, de uno u otro modo, en la privación de libertad –extraordinariamente cuando éste devenga en incapaz absoluto- [YVAN MONTOYA VIVANCO, *Obra citada*, página 25].

Por lo demás, el carácter permanente que implica la desaparición forzada origina -conforme a las SSCIDH Velásquez Rodríguez (párrafo 181), Godínez Cruz (párrafo 186), y Aloeboetoe y otros (párrafo 109)–, que la obligación de los poderes públicos de investigar lo sucedido subsista mientras dure la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida [REMOTTI CARBONELL, JOSÉ CARLOS: *La Corte Interamericana de Derecho Humanos*, Editorial IDEMSA, Lima, 2004, página 344]. La CIDH entiende, por lo demás, que la exigencia de que los Estados investiguen la suerte de las personas desaparecidas, las circunstancias y la identificación de los responsables, viene a configurar un nuevo derecho de carácter jurisprudencial.

Ley penal y variación del estatuto jurídico del funcionario público:

15°. Como el delito de desaparición forzada es de ejecución permanente presenta singularidades en relación a la aplicación de la ley penal en el tiempo. Su punto de inicio no es la privación de libertad sino el momento en que empieza a incumplirse el mandato de información.

A. Si la permanencia cesó con anterioridad a la entrada en vigor de la ley que introdujo la figura penal analizada, desde luego no será posible imputar a los funcionarios o servidores públicos la comisión del delito de desaparición forzada. En este supuesto sólo será del caso, si se cumplen sus elementos típicos, la comisión del delito de secuestro.

B. Si entra en vigor la ley que consagró el delito desaparición forzada de personas y se mantiene la conducta delictiva –de riesgo prohibido para el bien jurídico- por parte del agente estatal, la nueva ley resulta aplicable; no hay ninguna razón para no imputar la comisión del delito a partir de la vigencia de la nueva valoración socionormativa que expresó el tipo legal incorporado al ordenamiento penal. Así, SCIDH Tiu Tojin, párrafo 87. En igual sentido, debe entenderse la STC Villegas Namuche número 2488-2002-HC/TC, párrafo 26, del 18 de marzo de 2004, cuando precisa "*...en los delitos permanentes, pueden surgir nuevas normas penales, que serán aplicables a quienes en ese momento ejecuten el delito, sin que ello signifique aplicación retroactiva de la ley penal*".

C. No obstante que subsista el estado de desaparición de la víctima al momento de entrar en vigor la ley que tipificó el delito de desaparición forzada de personas, como se está ante un delito especial propio –

sólo puede ser cometido por funcionarios o servidores públicos- es indispensable que tal condición funcionarial esté presente cuando entra en vigor la ley penal. En consecuencia, si el agente en ese momento ya no integra la institución estatal y la injerencia se basa en primer término en el estatus de agente público, no es posible atribuirle responsabilidad en la desaparición cuando la ley penal entra en vigor con posterioridad al alejamiento del sujeto del servicio público.

D. Si una vez que entró en vigor la ley que tipifica el delito de desaparición forzada de personas, el agente es transferido de puesto u ocupa un cargo público distinto al que se desempeñaba cuando se incumplió el mandato de información, no es posible sostener que para él cesó el estado de permanencia del delito –ésta tiene otras formas de consolidarse, como se ha señalado en el párrafo anterior-. Siendo funcionario o servidor público y estando obligado a informar sobre lo ocurrido con el afectado en virtud de su injerencia previa, es obvio que su cambio de destino o de actividad no es relevante.

16°. Cabe puntualizar que la desaparición forzada de personas sólo puede ser atribuida por hechos, que consisten en la negativa de proporcionar información sobre la suerte de una persona a quien se privó de su libertad, siempre bajo la perspectiva de su ejecución permanente, ocurridos con posterioridad a la entrada en vigor de Código Penal de 1991 que consagró tal conducta como delito y señaló la pena correspondiente. Así lo manda la Constitución y el Código Penal –artículos 103° y 6°, respectivamente-; legislación que se encuentra acorde con los artículos II de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 15°.2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Parte Tercera del Estatuto de Roma [CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ: *Colombia: El delito de desaparición forzada.* En: Desaparición Forzada de Personas – Análisis comparado e internacional, (Coordinador: KAI AMBOS), *Obra citada*, páginas 94-95]. Esta posición es coincidente con la observada por la Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-368, del 29 de marzo de 2000." (Sic.)

115

§115. Configuración del delito de Desaparición Forzada

Recurso de Nulidad	1514-2013- LIMA
Fecha	20 de noviembre de 2013
Procedencia	Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	San Martin Castro.
Jueces Supremos	San Martin Castro, Salas Arenas, Prado Saldarriaga, Príncipe Trujillo, Rodriguez Tineo.
Disposiciones estudiadas	320° del CP

RESUMEN:

Que la privación de la libertad es un presupuesto para el delito, pero no el elemento rector que lo configura. Es una exigencia de prueba del único escenario en el cual es posible desaparecer forzosamente a otra persona. El denominado comportamiento típico es la infracción del deber de informar que tiene el funcionario público, y que asume por injerencia, al intervenir, de uno u otro modo, en la detención, legal o ilegal del sujeto, o cuando sin haber participado materialmente en ella, tiene el deber de cautelar al detenido; es, pues, un delito de infracción de deber y de omisión pura de garante.

FUNDAMENTOS:

1. Del itinerario procesal de la causa

PRIMERO. Que el día cuatro de mayo de mil novecientos ochenta y ocho, José Antonio y Mario Fernando Barrantes Torres denunciaron, ante la Oficina General de Derechos. Humanos del Ministerio Publico, la desaparición de su hermano, el agraviado Marco Roberto Barrantes Torres, ocurrida el dieciocho de marzo de mil novecientos ochenta y ocho, cuando salió de su domicilio para

hacer trámites ante el Consejo Supremo de Justicia Militar [fojas tres]. Además, precisaron que, posteriormente, se personó a su domicilio una persona que se identificó ante ellos como Jacinto Romo Alca —llamado verdaderamente Julio Hernán Ramos Álvarez, ya condenado—, y luego de exhibir una carta presuntamente del agraviado les pidió que le entreguen fólderes con documentos. Se advirtió que el vehículo utilizado, Volkswagen GQ-cuatro mil seiscientos cincuenta y cuatro, color verde, pertenecía al Ministerio de Guerra, asignado al Servicio de Inteligencia del Ejército (en adelante SIE).

SEGUNDO. Que en un primer momento se inició la persecución penal contra el llamado Jacinto Romo Alca, por delito contra la libertad personal, a quien se le formuló acusación por dicho ilícito penal y se solicitó la pena de dos años de privación de libertad [fojas ciento noventa y ocho, del veintiocho de mayo de mil novecientos noventa]; pero luego declaro la extinción de la acción penal por prescripción, la cual, a continuación, se anuló por el Tribunal Superior —que incluyó la acusación fiscal— y se ordenó se amplíe la instrucción [auto de vista de fojas doscientos cincuenta y dos, del veintidós de Julio de dos mil dos].

TERCERO. Que primero se abrió proceso penal por delito de secuestro [auto de apertura de instrucción de fojas quinientos ochenta y cuatro, del doce de agosto de dos mil tres], contra Julio Hernán Ramos Álvarez, Gumercindo Zambrano Salazar, Jorge Ortiz Mantas, Harry Esteban Rivera Azabache y Oswaldo Hanke Velasco; y, segundo, contra los cinco imputados por delito desaparición forzada [auto ampliatorio de apertura de instrucción de fojas ochocientos cincuenta y nueve, del veinticuatro de enero de dos mil cinco].

CUARTO. Que el señor Fiscal Superior formulo acusación [fojas mil setenta y dos, del trece de julio de dos mil cinco] contra los cinco efectivos de inteligencia del Ejército Peruano, por el delito de desaparición forzada, y requirió se les imponga veinticinco años de pena privativa de libertad para cada uno, y fijó en trescientos cincuenta mil nuevos soles por concepto de reparación civil, que abonarán solidariamente a favor del pariente más cercano. Además, pidió el sobreseimiento respecto del delito de secuestro.

El Tribunal Superior emitió la resolución de fojas mil doscientos cincuenta y cuatro, del treinta de enero de dos mil seis, en virtud de la cual declaró el enjuiciamiento por el delito de desaparición forzada y el sobreseimiento —archivo definitivo— por el delito de secuestro.

QUINTO. Que la primera sentencia emitida [fojas dos mil ochocientos ochenta y cuatro, del catorce de febrero de dos mil siete] absolvió a los cinco acusados. Sin embargo; la Corte Suprema [fojas dos mil novecientos setenta y

cuatro, del once de septiembre de dos mil ocho] ratificó la absolución de Oswaldo Hanke Velasco y anuló la absolución de los cuatro restantes, a la vez que dispuso la celebración de un segundo juicio oral para estos últimos.

La segunda sentencia proferida [fojas cuatro mil seiscientos noventa y uno, del nueve de marzo de dos mil diez, absolvió a Gumercindo Zambrano Salazar y Jorge o Jorge Enrique Ortiz Mantas, y condenó a Julio Hernán Ramos Álvarez, como cómplice del delito de desaparición forzada, a ocho años de pena privativa de libertad y cinco años de inhabilitación; así como fijó en ciento cincuenta mil nuevos soles el monto de la reparación civil. Se reservó el juzgamiento contra el acusado contumaz Harry Esteban Rivera Azabache. Sin embargo, la Corte Suprema [fojas cuatro mil setecientos noventa y nueve, del veintiocho de marzo de dos mil once], ratificó la condena a Julio Hernán Ramos Álvarez, y anuló la absolución a Gumercindo Zambrano Salazar y Jorge o Jorge Enrique Ortiz Mantas; a la vez que dispuso la celebración de un tercer juicio oral. Siguió como reo contumaz Harry Esteban Rivera Azabache.

SEXTO. Que el Tribunal Superior dictó el decreto de citación a juicio e inició el juicio oral contra los tres imputados restantes; esto es, Gumercindo Zambrano, Salazar, Jorge Ortiz Mantas —reos libres— y Harry Esteben Rivera Azabache —reo contumaz—. No obstante, los fundamentos de la Corte Suprema, en su segunda Ejecutoria, el Tribunal Superior volvió a dictar una sentencia absolutoria contra los dos primeros encausados [fojas seis mil sesenta y cinco, del seis de febrero de dos mil trece].

Han recurrido en nulidad la parte civil por las absoluciones y el encausado Rivera Azabache por la reserva de la causa.

2. *De los cargos e impugnaciones.*

Séptimo. Que, descontando al acusado absuelto, Coronel EP Oswaldo Hanke Velasco, jefe del SIE, los cargos formulados por el Ministerio Público en su requisitoria de fojas mil novecientos setenta y dos son:

1. El agraviado Barrantes Torres es un exteniente de reserva del Ejército Peruano —en adelante, EP—. Los encausados pertenecían Al aparato de inteligencia militar; así: el comandante EP Rivera Azabache era Jefe de Contrainteligencia del SIE que elaboró el llamado "Plan Lucero"; mientras que los demás acusados eran Agentes de inteligencia Operativa —en adelante AIO—, adscritos al SlE. Ese plan se formuló al descubrirse, en marzo de mil novecientos ochenta

y ocho, una venta de información clasificada por efectivos militares, por lo que se ordenó al Jefe de Contrainteligencia, comandante EP Rivera Azabache, su confeccion —fue aprobada por el jefe del SIE--. En su ejecución, para la ubicación y captura de los implicados en ese acto ilícito, intervinieron, entre otros, los tres Agentes de Inteligencia Operativa: Ramos Álvarez -ya condenado-, así como Ortiz Mantas y Zambrano Salazar —absueltos ya en tres oportunidades-en primera instancia—.

2. Es del caso que el día dieciocho de marzo de mil novecientos ochenta y ocho, el agraviado Barrantes Torres salió de su domicilio, ubicado en el distrito de San Martin de Porres, sin que haya retornado hasta la fecha ni se sepa su paradero. Se estableció que el indicado agraviado fue intervenido por Agentes de Inteligencia Operativa del SIE y conducido a las instalaciones del Cuartel General del Ejercito —concretamente a los calabozos del SIE—, en San Borja. En esa sede, fue visto por el Suboficial EP Raúl Otto Gamonal Yaranga, también detenido por los mismos cargos en esa instalación militar por los AIO Zambrano Salazar y Ramos Álvarez.

3. Con motivo del llamado Plan Lucero no solo fue detenido Gamonal Yaranga, sino también el Teniente de infantería EP Cesar Augusto Sánchez, el Suboficial de Primera EP Luis Gonzalo Muñoz Tuesta, el Suboficial de Segunda Auxiliar de Inteligencia Nivardo David Leiva Rojas, el Suboficial de Segunda Auxiliar de Estado Mayor Hernando Natalio Alvarado Cuadros, el Suboficial de Segunda Auxiliar de Estado Mayor Gilberto Merced Saavedra Tello, el Suboficial EP Gaspar Jorge Neira Linares y el empleado civil oficinista Alejandro Atao Quintero, quienes fueron capturados y retenidos ilegalmente, aproximadamente por cuarenta días, en los calabozos del SIE, sometidos a castigos de rigor, y luego puestos a disposición del Fuero Militar; no así el agraviado Barrantes Torres, peso a su presencia en los calabozos del SIE.

4. A pocos días de producida la detención ilegal del agraviado Barrantes Torres y su traslado a los calabozos del SIE, el día veintitrés de marzo de mil novecientos ochenta y ocho, el AIO Ramos Álvarez, bajo la falsa identidad de Jacinto Roma Aka, se apersonó al domicilio del primero, con una carta presuntamente escrita por el agraviado y dirigida a sus familiares, para que le entreguen fólderes con documentos —lo que,

en efecto, se hizo-. Los familiares advirtieron que utilizó un vehículo Volkswagen verde, de placa de rodaje GQ guión cuatro mil seiscientos cincuenta y cuatro, ,asignado al SIE; donde prestaban servicio todos los detenidos, quienes fueron investigados por el presunto delito de infidencia.

5. Cabe destacar que, como consecuencia de la denuncia de los familiares del militar agraviado, Barrantes Torres, el Jefe del SIE; Comandante EP Hanke Velasco; el Jefe de Contrainteligencia, Comandante EP Rivera Azabache; el Jefe de la Dirección de Inteligencia del Ejército (DINTE), General- EP Juan Campos Luque; y el Comandante General del Ejército, General EP Artemio Palomino Toledo; así como todos los AIO involucrados en el tema, negaron la privación de libertad del citado agraviado. Hasta ahora no se sabe nada del paradero del indicado militar.

OCTAVO. Que la parte civil, en su recurso formalizado de fojas seis mil doscientos treinta y ocho, insta la anulación de la absolución. Alega que el agraviado fue secuestrado en el contexto del Plan Operativo de Inteligencia Lucero, en el que participaron los encausados, AIO del SIE; que la desaparición del agraviado constituye una violación a los derechos humanos, que no se ha tomado en cuenta, respecto de Zambrano Salazar, que no se valoró la declaración jurada de Sosa Saavedra, ratificada en el acto oral, que le imputa haber capturado al agraviado; que el citado imputado participo en otras tres capturas; que el agraviado Barrantes Torres fue el primero en ser capturado. Por otro lado, Miranda Gutiérrez, Jefe del Operativo Lucero, refirió que Zambrano Salazar y Ortiz Mantas participaron en las investigaciones; que los detenidos en los calabozos del SIE, en los marcos de la citada operación de inteligencia, estaban en ambientes contiguos, cuyo control correspondía a Zambrano Salazar y Ortiz Mantas —versiones de Gamonal Yaranga, Alvarado Cuadros, Leyva Rojas y Sánchez Mendoza, quienes dijeron que los absueltos fueron sus custodios, y lo hacían con todos los detenidos—; que Gamonal Yaranga expuso que se reunió con Barrantes Torres y conversaron por una hora en el baño; que el detenido Sánchez Mendoza refirió que el acusado Zambrano Salazar lo capturo y trasladó hasta los sótanos del SIE.

NOVENO. Que la defensa del encausado contumaz, Rivera Azabache, en su recurso formalizado de fojas seis mil doscientos cincuenta y uno, solicita la nulidad de la sentencia por infracción procesal. Arguye que se violaron tres garantías procesales: defensa, debido proceso —tribunal imparcial— y presunción de inocencia, al no cuestionarse la sentencia y Ejecutoria Suprema anterior, pues

se mencionó que no era objeto de revisión, pese a que allí se le reservaba la causa; que lo expuesto se consolida porque se mencionó que la detención y reclusión de Barrantes Torres es un hecho probado en la sentencia anterior, por lo que reduce el objeto de prueba a la vinculación o no que tendría su patrocinado respecto al hecho.

3. De la sentencia recurrida

DECIMO. Que la sentencia recurrida, en primer Lugar, sostiene que la sentencia anterior y su Ejecutoria Suprema, que condenó a Julio Hernán Ramos Álvarez, tiene como hecho probado la reclusión del agraviado en los calabozos del SIE.

En segundo lugar, afirma que la absolución de los encausados Zambrano Salazar y Ortiz Mantas se sustenta en que: (i) Ninguno de los familiares del agraviado reconoció que ambos encausados acompañaron al procesado Ramos Álvarez a la casa del agraviado, llevándoles la carta que se decía era del último de los nombrados. (ii) Ningún testigo presenció la forma, lugar ni las circunstancias de la detención del agraviado, ni su conducción a los calabozos del SIE. (iii) No se ha probado que dichos encausados tenían la función de custodios del agraviado, por lo que no conocían de su permanencia en el SIE guión dos; consecuentemente, al no ser custodios del agraviado, no han negado la información sobre su paradero o situación legal. (iv) La declaración jurada de Sosa Saavedra no tiene más fuerza que su declaración plenarial, en la que no aporta mayor información que vincule a los imputados con la desaparición del agraviado. (v) El testigo Ricardo Uceda es de referencia y no ha presenciado hecho alguno relativo al delito.

Por último, respecto del Comandante EP Rivera Azabache, se tiene que fue Jefe de Contrainteligencia del SIE, quien elaboró y controló la ejecución del Plan Lucero, desde cuya materialización se desapareció al agraviado. Como no se ha puesto a derecho para el juicio su situación jurídica, debe esclarecerse una vez que se presente al acto oral.

4. Del tipo legal de desaparición forzada.

DECIMO PRIMERO. Que según el Acuerdo Plenario número cero nueve guión dos mil nueve diagonal CJ guión dieciséis del trece de noviembre de dos mil nueve, el artículo 320° del Código Penal, comprende dos acciones sucesivas: (i) privación de libertad del agraviado, Cuyo origen puede ser legal o ilegal [en igual sentido, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos —en adelante, SCorteIDH-, caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela, del veintiocho de noviembre de dos mil cinco, párrafo ciento cinco]; y, (ii) desaparición, debidamente comprobada, del sujeto pasivo, traducida en la no información sobre la suerte o el paradero de la persona privada de su libertad [en igual sentido, SCortelDH, caso Gómez Palomino vs. Perú, del veintidós de noviembre de dos mil cinco, párrafos ciento tres y siguientes]. Desde luego, otro elemento -que se vincula al agente activo— es la intervención de agentes gubernamentales, inclusive indirectamente por asentimiento [Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas de Naciones Unidas de mil novecientos noventa y seis].

El delito se consolida cuando se cumple con este último elemento: no brindar la información legalmente impuesta sobre el paradero o situación jurídica del agraviado. La no información —negación del hecho mismo de la detención y el no brindar información alguna de lo que sucedía con el detenido—, en suma, es un elemento esencial del tipo legal, cuyo fin y efecto automático es sustraer al agraviado de la protección de la ley. El ocultamiento, pues, es un elemento central de este delito [tercer considerando del Preámbulo de la Declaración de las Naciones Unidas, artículo 2° de la Convención Internacional para la protección de todas las personas víctimas de desapariciones forzadas de las Naciones Unidas y artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de la OEA]

DECIMO SEGUNDO. Que la privación de la libertad es presupuesto para el delito, pero no el elemento rector que lo configura. Es una exigencia de prueba del único escenario en el cual es posible desaparecer forzosamente a otra persona. El denominado "comportamiento típico" –conducta específica fundamental-, es la infracción del deber de informar que tiene el funcionario público, y que asume por injerencia, al intervenir, de uno u otro modo, en la detención, legal o ilegal del sujeto, o cuando sin haber participado materialmente en ella, tiene el deber de cautelar al detenido; es, pues, un delito de infracción de deber.

Es, por ello, asimismo, un delito de omisión pura de garante [SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. "La regulación de la comisión por omisión en el artículo 111°". *En el nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona: Editorial Bosch, mil novecientos noventa y siete, páginas setenta y uno y setenta y dos], aunque su presupuesto sea una conducta comisiva de privación de la libertad –una mera situación típica-. La conducta específica fundamental está dada, desde el agente, por la omisión de información o desaparición, lo que no permite

reconocer un resultado típico separable espacio temporalmente de aquella omisión (ausencia de una acción determinada), y porque está en la posibilidad de informar acerca del paradero del sujeto pasivo (capacidad para realizar la conducta).

Esta infracción solo puede ser realizada por un determinado círculo de sujetos, caracterizados por un deber especial, con relación al bien jurídico protegido: caso de los funcionarios públicos. El deber de informar tiene como base lo dispuesto por el artículo XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Persona, que establece el deber de los agentes de las Fuerzas del Orden, de velar por la seguridad de los ciudadanos; y, sobre tal cometido, acota que: "Toda persona privada de libertad debe ser mantenida en lugares de detención oficialmente reconocidos y presentada sin demora, conforme a la legislación interna respectiva, a la autoridad competente. Los Estados Parte establecerán y mantendrán registros oficiales actualizados sobre sus detenidos y, conforme a su legislación interna, los pondrán a disposición de los familiares, jueces, abogados, cualquier persona con interés legítimo y otras autoridades".

DECIMO TERCERO. Que el sujeto activo del delito de desaparición forzada es un funcionario público, y los militares lo son (artículo 425° numeral 5 el Código Penal). Todo funcionario posee un deber especial sobre la intangibilidad del Bien jurídico protegido —que es la personalidad jurídica, y que abarca el derecho a acceder a los mecanismos legales de protección, incluido el debido proceso, pero se centra en la detracción del sujeto del sistema jurídico que ocurre, no en sentido material, sino en sentido normativo con la omisión de informar—, sobre el reconocimiento de la personalidad del individuo que ha sido privado de su libertad.

Además, es un delito permanente [conforme: SCortelDH, caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, del doce de agosto de dos mil ocho párrafo treinta y cuatro, y SCorteIDH, caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia, del veintisiete de noviembre de dos mil ocho, párrafo veintiocho y siguientes, que se mantiene mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida, y mientras no se aclaren los hechos [según la SCorteIDH, en el caso Velásquez Rodríguez vs. Hondura, del veintinueve de julio de mil novecientos ochenta y ocho, párrafo ciento ochenta y uno, el deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida]; lo que equivale a decir que todos los que participan en el delito serán considerados coautores o cómplices —según el caso—, en razón de que hasta que la misma cese, perdura la consumación. Se trata de una consumación

material, que se prolonga en el tiempo, ello en atención a la naturaleza del bien jurídico y su forma de ataque.

Cabe enfatizar, asumiendo las criticas dogmáticas al citado acuerdo plenario y recogiendo lo que establece la doctrina nacional, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Penal, que la permanencia del delito se mantiene incluso después de quo el sujeto activo deja el cargo público, en cuyo ejercicio asumió el deber, pues es esto último lo Trascendente desde la perspectiva típica [MENI MENDEZ, IVAN. *Imputación y responsabilidad penal*. Lima: Ara Editores, dos mil nueve, paginas trescientos ochenta y cuatro y trescientos ochenta y cinco].

DECIMO CUARTO. Que sobre la interpretación del artículo 320° del Código Penal, es de remitirse no solo a normas jurídicas internas sino también al Derecho Internacional Penal, según lo prescrito en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución. Así, no es posible desarrollar los elementos del delito de desaparición forzada, si no se tienen cuenta los tratados y las normas de soft law emitidos por las Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos.

Respecto a los convenios —normas jurídicas internacionales que, en virtud del artículo 55° de la Constitución, forman parte del Derecho nacional-se debe tener presente la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas, adoptada en Belém do Pará — Brasil el nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro; el Estatuto de la Corte Penal Internacional, suscrito en Roma el diecisiete de Julio de mil novecientos noventa y ocho (artículo 76° numeral 2 apartado i); y la Convención internacional para la protección de todas las personas víctimas de desapariciones forzadas, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas del veinte de diciembre de dos mil seis. La prohibición absoluta de la desaparición forzada, es una norma de *ius cogens*, que afecta derechos que conforman el "núcleo duro" de los derechos.

El tipo legal nacional, al igual que la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, no exige los elementos configuradores generales: ataque generalizado o sistemático contra una población civil.

Estos elementos están presentes en el delito de desaparición forzada de lesa humanidad. No obstante, si no se presenta el elemento contextual, el hecho individual antes descrito (privación de libertad y posterior desaparición de Marco Barrantes), necesariamente se está ante una grave violación de derechos humanos, cuya criminalización e, incluso, exclusión de amnistías y establecimiento de excluyentes de responsabilidad, que pretendan impedir la investigación y sanción

de los responsables [SCorteIDH, caso Barrios Altos vs. Perú, del catorce de marzo de dos mil uno, párrafo cuarenta y uno], se impone en virtud de las normas jurídicas internacionales -tratados y normas de soft law- expuestas en los párrafos precedentes [para el caso de este crimen internacional: SCortelDH, caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, del uno de septiembre de dos mil diez, párrafo doscientos siete].

Este delito afecta tanto a las victimas coma a sus familiares [BAZAN CHACON, IVAN ARTURO. "*El crimen internacional de desaparición forzada de personas*". En *Revista Advocatus*. Número veintiséis. Lima, dos mil doce guión uno, pagina sesenta y ocho].

5. De la apreciación de la prueba en orden a los agravios impugnativos.

DECIMO QUINTO. Que del Informe numero dos mil tres SIE punto dos E, del cuatro de abril de mil novecientos noventa y ocho, corriente a fojas quinientos tres, se desprende que el SIE —a cargo de Hanke Velasco- elaboró el Plan Operativo Lucero —cuya confección, ejecución y cumplimiento correspondió al encausado Rivera Azabache, Jefe de Contrainteligencia del SIE—, con motivo de haberse detectado una red de colaboradores que entregan información clasificada a un país extranjero. Allí se menciona que el agraviado Barrantes Torres, miembro del Ejército Peruano, era el organizador de esa red, y que había reclutado a efectivos de esa institución. El absuelto Hanke Velasco, tanto en su instructiva de fojas seiscientos setenta y dos, como en sus testificales de fojas noventa y ocho y cuatrocientos treinta y ocho, refirió que como jefe del SIE mandó elaborar el Plan Lucero al Jefe de Contrainteligencia Rivera Azabache; hecho que este último reconoce en su instructiva de fojas seiscientos sesenta y cuatro.

El SIE realizó las capturas del personal militar involucrado —su ejecución en los calabozos de esa institución—, las investigaciones e. interrogatorios a los implicados y, luego, recomendó su denuncia ante la jurisdicción militar, lo que en efecto se hizo por su propio merito [fojas uno a sesenta del incidente "A" del Fuero Militar].

DECIMO SEXTO. Que, si bien es cierto las altas autoridades de inteligencia del Ejército, incluso el propio Rivera Azabache (también Juan Manuel Campos Luque, en su declaración plenarial de fojas cinco mil cuatrocientos veintisiete, quien reconoce la existencia, del Plan Lucero pero no de la detención del agraviado), niegan la detención de Barrantes Torres —el mismo que aparece en el informe antes citado y en el proceso penal militar como no habido-, en autos existen pruebas categóricas de que la privación de libertad se produjo por el SIE,

y que sus autoridades negaron la detención y el paradero del agraviado Barrantes Torres. El acusado Contumaz Rivera Azabache adujo que ni siquiera lo conocía y que en la investigación respectiva no pudo ser capturado; que nunca estuvo internado en el SIE e, incluso, que, en la fecha de los hechos, ni siquiera existían calabozos en la referida institución militar [instructiva de fojas seiscientos sesenta y cuatro]. Sin embargo, el preso Neira Linares dijo que vio a Rivera Azabache en los sótanos del SIE, mientras que Gumercindo Zambrano le expresó que era potestad del Comando poner al agraviado Barrantes Torres a disposición de la Zona Judicial del Ejército. [fojas cuatrocientos cincuenta y seis y cinco mil cuatrocientos cincuenta y tres].

DECIMO SÉPTIMO. Que, no obstante, ello, se cuenta con la versión directa de Raúl Otto Gamonal Yaranga, prestada en sede jurisdiccional penal ordinaria, involucrado en los hechos investigados por el SIE y la jurisdicción castrense. Dicho encausado, testigo en esta causa, mencionó uniformemente que vio al agraviado detenido en los calabozos del SIE e incluso, conversó con él. Es decir, el agraviado tenia la calidad de detenido, era custodiado por los efectivos militares, no con el rango de oficiales, involucrados en estos hechos, entre los que se encontraban los absueltos. Gamonal Yaranga, en sede de instrucción a fojas cuatrocientos noventa y cuatro, menciona que vio detenido al agraviado, y que el acusado absuelto Ortiz Mantas manifestó que el agraviado había sufrido represalias por esa conversación. Esa misma versión, en lo esencial, es reiterada en los dos plenarios anteriores [fojas dos mil cuatrocientos cincuenta y nueve y cuatro mil cuatrocientos uno].

En el ámbito de la jurisdicción castrense, a Gamonal Yaranga, como imputado, en sede del SIE —sin fiscal ni defensor— no se le preguntó si el agraviado se encontraba con él en los calabozos del STE; en sede sumarial, anotó que vio al agraviado por última vez el dieciocho de marzo de mil novecientos ochenta y ocho, en que fue a su casa, pero en sede plenarial rechaza la investigación militar, porque fue golpeado y condicionado para que se autoinculpe [fojas treinta, setenta y seis y trescientos diecinueve].

Esa es la línea de las declaraciones de los imputados en sede militar. No se les pregunta nada sobre la permanencia del agraviado en el SIE, declaran en sede de primera instructiva, pero luego denuncian maltratos y condicionamiento para que se autoinculpen. Asi: 1. Sanchez Mendoza [fojas catorce, sesenta y uno, doscientos seis y trescientos dieciséis]. 2. Alvarado Cuadros [fojas diecinueve, noventa y dos y trescientos veinte vuelta]. 3. Neira Linares [fojas treinta y siete, ochenta y tres, doscientos veintiunos y trescientos dieciocho]. 4. Saavedra Telles

[fojas cuarenta y dos, ochenta y siete, doscientos diez y trescientos diecinueve vuelta]. 5. Leiva Rojas [fojas cincuenta y tres, setenta y trescientos veinte vuelta].

DECIMO OCTAVO. Que, en este proceso penal, los cinco detenidos, como primer dato, expresaron que por referencias de su codetenido Gamonal Yaranga, se enteraron de que este último también se encontraba preso en los calabozos del SIE [fojas dos mil cuatrocientos ochenta y nueve y cinco mil ciento treinta y ocho, fojas cuatrocientos setenta y tres y tres mil setecientos setenta y siete, fojas cuatrocientos cincuenta y seis, cinco mil cuatrocientos cincuenta y tres, y fojas cuatrocientos cincuenta y seis, dos mil quinientos treinta, tres mil ochocientos veintitrés y cinco mil cuatrocientos cincuenta y tres]. Relativizan su versión en juicio oral Saavedra Telles y Leiva Rojas, pues el primero dice que ni siquiera vio a Gamonal Yaranga, pese a decir con anterioridad que los otros detenidos le comentaron de la presencia del agraviado Barrantes Torres [fojas quinientos treinta y nueve y cuatro mil cuatrocientos sesenta]; y, el segundo acota que no sabía si el agraviado estaba en el SIE, pese a que en el primer juicio oral expresó que escuchó a Gamonal Yaranga de que Barrantes Torres estaba detenido en los calabozos del SIE [fojas dos mil quinientos treinta y siete y cuatro mil doscientos cuarenta y tres].

En todo caso, como segundo dato, se tiene que todos mencionaron la presencia de los imputados absueltos y del reservado Rivera Azabache en los calabozos del SIE.

DECIMO NOVENO. Que es importante dejar establecido que efectivos de inteligencia militar vigilaron y llegaron al domicilio del agraviado, y que cuando el dieciocho de marzo de mil novecientos ochenta y ocho salió de su casa ya no volvió a aparecer [en especial declaraciones plenariales de Yeny Mariela Medina Malpartida y Judy Patricia Sanchez Malpartida de fojas cinco mil sesenta y tres y cinco mil ochenta y ocho], pero la investigación del SIE lo comprendió, al punto de que se mintió sobre su paradero, pues se consignó que estaba en Arequipa y se le entregó una carta —que los familiares reconocen es del imputado— para obtener diversos documentos que sirvieron al proceso penal militar. El AIO que realizó ese engaño fue el condenado Julio Hernán Ramos Álvarez. Los hermanos del agraviado, Mario Fernando y José Antonio Barrantes Torres, afirmaron que el reo Gaspar Neira Linares, finalmente, les comunicó que su hermano estaba detenido en los sótanos del SIE [fojas doscientos ochenta y nueve y cinco mil doscientos sesenta y dos, y doscientos ochenta y seis y cinco mil ciento seis].

El AIO Sosa Saavedra, según el libro del periodista Manuel Uceda Perez, *Muerte en El Pentagonito*, quien declaró a fojas cinco mil doscientos noventa y

cuatro, señaló que junto con el espía ecuatoriano también se ejecutó al agraviado, quienes previamente se encontraban detenidos en los calabozos del SIE [capitulo VIII, del libro en cuestión, fojas tres mil ciento ochenta y siete]. No obstante, Sosa Saavedra, quien incluso redactó una declaración jurada y fue grabado [fojas cuatro mil cuatrocientos ochenta y nueve y dos mil setecientos veinte], en el juicio oral a fojas cinco mil trescientos sesenta niega todas esas referencias y expresiones que reconoce mencionó, incluso tal retracción la hace por escrito en una carta dirigida al propio periodista Uceda Pérez [fojas cinco mil cuatrocientos noventa y dos].

VIGÉSIMO. Que, por otra parte, los encausados absueltos Zambrano Salazar y Ortiz Mantas, niegan toda relación con el agraviado Barrantes Torres. El PRIMERO reconoce la investigación realizada, la captura de Gamonal Yaranga y el traslado de otros dos investigados —entre ellos de Neira Linares—, las órdenes del comandante EP Rivera Azabache, y la vigilancia de los detenidos en los calabozos del SIE. El segundo admite conocer a sus coimputados, que los detenidos recibieron los castigos de rigor, que debía vigilarlos y que Sosa Saavedra lo acusa por venganza.

Cabe enfatizar, al respecto, que el contumaz Rivera Azabache, en su instructiva de fojas quinientos sesenta y cinco, señaló que tenía bajo su comando a los absueltos Zambrano Salazar y Ortiz Mantas. Ambos imputados recurridos reconocieron que trabajaron en mil novecientos ochenta y ocho en el SIE, y corno tales se dedicaron al cumplimiento de la misión que entrañaba las investigaciones del Plan Lucero. Los detenidos Neira Linares, Alvarado Cuadros y Sánchez Mendoza mencionan a Ortiz Mantas como parte del equipo de investigación y quienes los vigilaron en los calabozos del SIE. Luego, sus labores no fueron solo de búsqueda de información, sino de captura, investigación y vigilancia de los detenidos.

VIGÉSIMO PRIMERO. Que más allá de la versión contradictoria de Sosa Saavedra y lo que expuso, en lógica referencial, el periodista Uceda Pérez, es a partir de los datos consolidados en la causa: Primero, se capturó a Barrantes Torres —sindicado coma principal responsable de venta de información al extranjero—; Segundo, fue remitido a los calabozos del SIE como detenido; Tercero, se omitió toda información sobre su detención y vínculos con sus familiares, quienes insistieron, constantemente, en saber donde se encontraba [denuncia a la Comisión de la Verdad y Reconciliación de fojas doscientos treinta y cuatro, carta dirigida al Comandante General del Ejercito de fojas mil ocho, escrito de fojas dos mil ochocientos tres dirigido a la Fiscalía Especial de Defensoría del Pueblo, carta a la Oficina General de Derechos Humanos del Ministerio Público

de fojas dos mil ochocientos doce, y diversos oficios dirigidos por autoridades a instancia de ellos: fojas dos mil ochocientos ocho, dos mil ochocientos diez y dos mil ochocientos once]; Cuarto, luego de su arresto, un AIO —el sentenciado Ramos Álvarez— entregó a sus familiares una carta del agraviado para la entrega de información y les dijo que se encontraba en Arequipa; y, Quinto, hasta la fecha, tanto los imputados como todos los que participaron en el equipo de investigación, han negado información sobre el paradero del agraviado. Se trata, pues, de un desaparecido, cuya responsabilidad recae en todos los que, desde el rol que desempeñaron en el Plan Lucero, realizaron las investigaciones, sabían de su paradero y lo ocultaron. Es obvio, por lo demás, tener presente que se desapareció no solo al supuesto cabecilla de la red peruana, sino también al extranjero, que era el contacto para la fuga de información clasificada.

VIGÉSIMO SEGUNDO. Que los datos son claros y no se presentan contraindicios solidos que permitan dudar razonablemente de que se desapareció al agraviado. Los involucrados en el delito contra la seguridad y el honor de la nación, si bien en sede castrense no mencionaron al agraviado; pero en esa misma sede, posteriormente, cuestionaron con énfasis y uniformidad los maltratos y coacciones sufridas durante su estancia en sede del SIE, así como la exigencia de su autoinculpación. Luego, ya en la jurisdicción penal ordinaria -cuya imparcialidad y objetividad no puede ponerse en tela de juicio—, refirieron lo que ya se estipuló en orden a la presencia del agraviado en los calabozos del SIE; luego, si tal hecho es ocultado sistemáticamente por los imputados, es que ellos participaron en su desaparición. A sus versiones se tiene en cuenta lo expuesto por sus familiares y la propia realidad: el agraviado Barrantes Torres desapareció en plena investigación, bajo la guía del Plan Lucero, y ya producido el cambio de régimen político, no se ha resuelto y sigue en total misterio su paradero. Es, pues, un desaparecido. Esa es la única conclusión razonable.

Por las características del tipo legal de desaparición forzada [ver: fundamentos decimo primero a decimo tercero], como se afirma que los absueltos participaron en las investigaciones de los hechos atribuidos al agraviado y resguardaron a todos los arrestados, es obvio que sabían de su detención y, luego, omitieron dolosamente toda información al respecto.

La sentencia absolutoria en este contexto es infundada. Presento un análisis probatorio profundamente equivocado y, esencialmente, desde una concepción del tipo legal de desaparición forzada absolutamente insostenible. Es de aplicación el artículo 301°, *in fine*, del Código de Procedimientos Penales.

El recurso acusatorio debe desestirnarse y asi se declara.

6. *De la situación jurídica del contumaz Rivera Azabache*

VIGÉSIMO TERCERO. Que, a partir de lo expuesto, en los fundamentos jurídicos precedentes, que incluyen la versión del conturnaz y el análisis del caso, la prueba actuada acredito que habria participado, a nivel de mando, en la detención, encierro y ulterior desaparición —por lo cual ocultó información del paradero- del agraviado Barrantes Torres.

Como rehuyó el enjuiciamiento, es de, aplicación el artículo 321° del Código de Procedimientos Penales. No cabe la absolución por lo ya anotado, pero si la reserva, pues nadie puede ser juzgado ni condenado sin ser previamente oído, aun cuando tenga la condición de contumaz. Así lo estipula nuestro ordenamiento procesal y la jurisprudencia correspondiente.

Estas consideraciones y no otras, de mero catéter formal, son las que determinan la reserva. Sencillamente, de lo actuado no es posible una conclusión absolutoria.

VIGÉSIMO CUARTO. Que es obvio que la declaración de hechos probados de una sentencia goza del valor de la prueba documental pública. Sin embargo, tratándose del mismo caso o hecho punible, su declaración de hechos probados y los fundamentos de derecho no pueden extenderse automáticamente para los ausentes y contumaces; aunque, tampoco, puede restársele todo mérito o estimarse simplemente como un mero dato referencial, con efectos valorativos nulos.

Es posible que concurran o se acrediten situaciones de hecho no contempladas o, luego, probadas o improbadas a la luz de una posible nueva prueba actuada. Por otra parte, pueden presentarse, en el caso del imputado ausente o contumaz, causas de exclusión de responsabilidad propia, ajenas a las de los otros coencausados.

VIGÉSIMO QUINTO. Que es evidente que no se puede estimar la existencia de cosa juzgada porque falta, como limite subjetivo, el imputado -esta comprende el hecho ya juzgado y la misma persona—. Las anteriores sentencias se concretaron, como corresponde, frente a las pruebas de cargo actuadas hasta el momento, al reservar la causa contra Rivera Azabache, pero no condicionan la condena si este se presenta a juicio o fuera capturado. En estos casos, no se da eficacia positiva o prejudicial a las sentencias anteriores.

Dos son las razones de esta opción frente a las sentencias condenatorias —diferente será el caso de las sentencias absolutorias—: primera, porque se prefiere que los tribunales puedan, a veces, incurrir en contradictorios juicios de hecho

y de Derecho, a que tengan coactada su libertad, para apreciar libremente las pruebas y aplicar sin cortapisas el Derecho; y, segunda, porque así se garantiza la integridad de la defensa del imputado, argumento de gran importancia y no meramente complementario del anterior [DE LA OLIVA SANTOS, ANDRES y otros. *Derecho Procesal Penal.* Quinta edición. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, dos mil dos página quinientos cuarenta y seis].

Por tanto, desde la parte resolutiva debe ratificarse la opción del Tribunal A Quo. Las razones de la reserva son las fijadas en los parágrafos precedentes. El recurso defensivo, en suma, se desestima y así se declara.

10. DELITOS CONTRA LA VOLUNTAD POPULAR

A. INDUCCIÓN A NO VOTAR O HACERLO EN SENTIDO DETERMINADO

116

§116. Configuración del delito de inducción al voto

Casación	760-2016-La Libertad
Fecha	20 de marzo de 2017
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Aldo Figueroa Navarro.
Jueces Supremos	Pariona Pastrana, Neyra Flores, Sequeiros Vargas, Figueroa Navarro, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Art. 356° del CP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	22° al 35°

RESUMEN:

El delito de inducción al voto es un delito contra el derecho al sufragio, de pura actividad, de peligro concreto y ***solo puede cometerse, una vez que existan candidatos elegibles.*** *Por principio de subsidiaridad y fragmentariedad debe circunscribirse a las conductas más graves y que no puedan ser controladas eficientemente por el derecho electoral.*

FUNDAMENTOS:

SEGUNDO MOTIVO CASACIONAL: ESTRUCTURA TÍPICA DEL DELITO DE INDUCCIÓN AL VOTO

Principio democrático y dignidad de la persona

VIGÉSIMO SEGUNDO. - El segundo motivo casacional tiene relación con la interpretación del tipo penal de inducción al voto, en particular, respecto del elemento temporal que aparece en el delito en cuestión, de cara a la puesta en peligro del bien jurídico tutelado; esto es, salvaguarda del principio de afectación al bien jurídico protegido, contenido en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal.

La libre elección de los representantes es la máxima expresión de libertad del ciudadano y uno de los pilares del sistema democrático. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional:

> *"La democracia se fundamenta pues, en la aceptación de que la persona humana y su dignidad son el inicio y el fin del Estado (artículo 1° de la Constitución), por lo que su participación en la formación de la voluntad político-estatal es presupuesto indispensable para garantizar el máximo respeto a la totalidad de sus derechos constitucionales.*
>
> *Consustancial a tal cometido es el reconocimiento de un gobierno representativo (artículo 45° de la Constitución) y del principio de separación de poderes (artículo 43° de la Constitución), de mecanismos de democracia directa (artículo 31° de la Constitución), de organizaciones políticas (artículo 35° de la Constitución), del principio de alternancia en el poder y de tolerancia; así como de una serie de derechos fundamentales cuya vinculación directa con la consolidación y estabilidad de una sociedad democrática hace de ellos, a su vez, garantías institucionales de ésta. Entre éstos se encuentran los denominados derechos políticos, enumerados en los artículos 2°, inciso 17 y 30° a 35° (entre ellos destaco, de modo singular, el derecho de los ciudadanos a ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica), los derechos a las libertades de Información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la*

imagen (artículo 2°, Inciso 4), de acceso a la Información pública (artículo 2°, Inciso 5), de reunión (artículo 2°, inciso 12) y de asociación (artículo 2°, inciso 13).

Una sociedad en la que no se encuentren plenamente garantizados estos derechos, sencillamente, o no es una comunidad democrática, o su democracia, por incipiente y debilitada, se encuentra, por así decirlo, "herida de muerte".

Así pues, el principio democrático se materializa a través de la participación directa, Individual o colectiva, de la persona como titular de una suma de derechos de dimensión tanto subjetiva como Institucional (derecho de voto, referéndum, iniciativa legislativa, remoción, o revocación de autoridades, demanda de rendición de cuentas, expresión, reunión, etc.), así como en su participación asociada, a través de organizaciones orientadas a canalizar el pluralismo político. Tales organizaciones son los partidos y movimientos políticos, reconocidos en el artículo 35° de la Constitución.

Asimismo, el referido principio se materializa en la participación política indirecta de la ciudadanía; es decir, a través de sus representantes libremente elegidos. La democracia representativa es —como quedó dicho— el rasgo prevalente en nuestra Constitución.

Alcances típicos del delito de inducción al voto

VIGÉSIMO TERCERO. - Ahora bien, para la consolidación del principio democrático, mediante la participación igualitaria y libre de los ciudadanos, el Estado ha estimado fundamental recurrir al derecho penal, como máximo y más severo instrumento de control social. Así, se ha previsto en el Código Penal, Título XVII, una serie de delitos contra la Voluntad Popular y en un Capitulo Único, Delitos contra el Derecho al Sufragio. Uno de los tipos penales es el referido a la inducción al voto, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 356.- Inducción a no votar o a hacerlo en sentido determinado

El que, mediante dádivas, ventajas o promesas trata de Inducir a un elector a no votar o a votar en un sentido determinado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

VIGÉSIMO CUARTO. - El tipo penal mencionado presenta las siguientes características típicas:

a. El sujeto activo es designado mediante la locución pronominal "El que" por lo que puede ser cualquiera, Se trata de un delito común y de organización. No se requiere por tanto ninguna cualidad particular.

b. El sujeto pasivo es la sociedad que, en el ámbito electoral, está representada por toda la comunidad política de ciudadanos. Estos tienen la expectativa que la elección de sus autoridades, locales, regionales, municipales o sus representantes dentro de organizaciones políticas, sean la directa, transparente, igual y e expresión de la voluntad popular;

c. La acción típica está constituida por los verbos conjugados "trata de inducir". Inducir, en el sentido común del lenguaje es instigar o incitar. El tratar de inducir es procurar incitar al elector hacia un resultado. Al respecto caben dos aclaraciones. El sentido común del término instigación no puede confundirse con su sentido jurídico. La instigación que pretende generar el sujeto activo es con relación a la voluntad de elector de no votar o de hacerlo, en el sentido deseado por el inductor. Ello nada tiene que ver con la instigación, en sentido penal, que hace nacer la voluntad en el instigado, de cometer un delito. En el mismo sentido se ha pronunciado anteriormente esta Corte Suprema señalando que "No rigen las reglas de la instigación como forma de participación delictiva (artículo 24 del Código Penal), el verbo inducir debe considerarse como un verbo rector, pues está descrito en la Parte Especial del Código Penal como una forma de autoría, que no se rige por el principio de accesoriedad. Si el elector es inducido -instigado- su conducta es impune, pues el no votar solo merece una multa administrativa y el votar en un determinado sentido u otro, es una conducta neutra.

d. La finalidad del inductor es la de buscar que el elector, como destinatario del acto inductor, no vote o vote en el sentido que desea el sujeto activo. Pero estos fines alternativos son en realidad elementos subjetivos distintos al dolo; se trata de un delito de tendencia interna trascendente. Es irrelevante para fines típicos que el elector haya efectivamente sido inducido a no votar o a hacerlo en determinado sentido. El delito en cuestión es de pura actividad. Se agota con la

entrega de los medios calificados, señalados expresamente en el tipo penal.

e. Los medios que puede utilizar el sujeto activo pueden ser: i) La entrega de dádivas; esto es, donativos o bienes que se dan gratuitamente; ii) El otorgamiento de ventajas; vale decir, cualquier utilidad o beneficio que se reciba de carácter inmaterial (empleos, tratos preferentes, becas) y, c) La promesa o el ofrecimiento de recibir beneficios, bienes o cualquier utilidad.

f. El sujeto sobre el que recae físicamente la acción debe necesariamente ser un elector.

g. El tipo subjetivo es exclusivamente doloso. El agente debe tener conocimiento que pretende desviar la voluntad de un elector, mediante la entrega de dádivas, ventajas o promesas, con la finalidad de inducirlo a no votar o a hacerlo en determinado sentido.

Bien jurídico e imputación objetiva

VIGÉSIMO QUINTO. - Ahora bien, a efecto de precisar los alcances típicos del presente delito, es menester desarrollar puntualmente tres aspectos interrelacionados. i) La cuestión del bien jurídico protegido; ii) Los criterios de imputación objetiva; iii) El concepto de elector, como objeto del delito.

Estos tres elementos están imbricados dado que debe considerarse que el bien jurídico protegido debe ser afectado de algún modo, a través de conductas cuya entidad y fin han de traducirse en un aumento del riesgo a dicho bien jurídico relevante, y ello con injerencia sobre las personas a quienes se quiere influenciar con la conducta inductora.

VIGÉSIMO SEXTO. - El bien jurídico protegido se expresa en dos niveles. Como criterio axiológico general se tiene que el delito de inducción al (no) voto atenta contra la voluntad popular; como expresión de la soberanía del pueblo en la elección de sus representantes en los diversos estamentos de 'una sociedad democrático-representativa. La voluntad popular se forma con la conjunción de la libre elección de los ciudadanos. Pero al mismo tiempo, un segundo nivel de protección se relaciona con el derecho que tiene todo ciudadano a sufragar -objeto jurídico específico de protección-, sin presión, coacción o inducción alguna.

VIGÉSIMO SÉTIMO.- Precisados los alcances del bien jurídico, la cuestión que surge a continuación es ¿cuál es el ámbito de afectación que debe

exigirse para que se entienda que estamos ante un riesgo intolerable y, por ende prohibido, al bien jurídico? Para su delimitación se han aportado dos criterios extremos con relación al comienzo de afectación del bien jurídico. Una primera posición que sostiene que en realidad el delito en cuestión solo puede cometerse, el día convocado para la elección misma; esto es, solo podría afectarse al bien jurídico tutelado, durante el proceso de votación, y durante las horas en que es posible sufragar. Una segunda posición, que considera que la condición de ciudadano y, por ende, de elector es permanente, por lo que se puede inducir al voto en cualquier fomento.

VIGÉSIMO OCTAVO.- Ambas posturas son extremas y, por tanto, no delimitan racionalmente el ámbito de intervención del derecho penal. La primera postura interpretativa reduce a la nada o torna en inoperativo el tipo penal. Supone que el delito se pueda cometer solo mediante la repartición de medios inductores, ad portas del local de votación, el día en que está prohibido todo tipo de propaganda electoral, y cuando estadísticamente se sabe que el elector ya ha decidido su voto. En realidad, los actos evidentes y destinados a viciar la voluntad del elector tienen expresiones típicas más graves, como las previstas en el delito de impedimento, por violencia o amenaza, del derecho al sufragio (art. 355) o los atentados al derecho al sufragio (art. 359). Por el contrario, el delito cuyos alcances estamos analizando es de características más sutiles y más extendido en su ámbito temporal de realización.

VIGÉSIMO NOVENO.- Pero tampoco puede ser un delito que sea realizable en cualquier momento de la vida social. primero, porque tal postura convertiría al derecho penal es un instrumento omnicomprensivo en la defensa de los bienes jurídicos. Sería incluso una expresión expansiva del derecho penal de riesgo, que deja de lado el principio de fragmentariedad y subsidiaridad. No se ocuparía en efecto de las conductas más graves, y la gravedad tiene que ver ciertamente con la proximidad del acto electoral. Sería el primer instrumento de control social, dejando sin objeto al derecho electoral sancionatorio o al control social informal. Por lo demás, tal visión maximalista en el fondo subestima la capacidad misma de los ciudadanos, y de su madurez cívica, porque deja trasuntar la idea que los ciudadanos son personas manipulables. Por lo que debe ser desestimada.

TRIGÉSIMO.- Descartadas ambas opciones interpretativas ha de buscarse un referente más adecuado a los fines y límites del control penal y a las concretas posibilidades que este delito se produzca en la realidad. Estimamos que el criterio objetivo más adecuado, en este ámbito, es el proceso electoral,

tal como está regulado en nuestro país. El proceso electoral peruano puede ser diferenciado en las siguientes etapas: a) Convocatoria a elecciones; b) Inscripción de candidatos; c) Sufragio; d) Escrutinio; y, e) Resultado de las elecciones. En el marco del proceso electoral el ciudadano activa su condición de elector y es capaz de ejercer su Derecho al sufragio.

Si vemos secuencialmente el proceso electoral y lo vinculamos con las características típicas del delito en estudio, podríamos descartar que la convocatoria a elecciones, fija un momento aun muy lejano para que prospere una conducta inductora. En este periodo no se tiene aún idea de quiénes participarán en la misma. En realidad, la etapa en la que ya podría tener sentido la conducta típica, es la de inscripción de candidatos y se extiende hasta el sufragio. El Derecho a la libre determinación del voto comienza a configurarse, de un modo tácticamente posible, desde el momento en que se tiene una relación certera de los posibles candidatos a elegir, esto es, desde el momento en que estos se inscriben, pudiendo verse afectada hasta el momento en que se lleva a cabo el sufragio, el cual es la culminación del proceso de determinación del voto.

TRIGÉSIMO PRIMERO.- Es dentro de este contexto que adquiere sentido el concepto de elector. Esta categoría no pertenece al ámbito penal sino que es de origen y concepción del Derecho Electoral. La Ley Orgánica de Elecciones al referirse al elector lo hace únicamente en términos de la persona que asiste a votar, sin embargo ello no Implica que dicha concepción sea transferible sin más al Derecho Penal. Esta noción restrictiva de elector es concebible en la medida que durante el proceso electoral los principales intervinientes son las pertinentes entidades del Estado – Organismo Nacional de Procesos Electorales, Jurado Nacional de Elecciones y Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – y los candidatos, por lo que la Ley Orgánica de Elecciones regula su participación durante el proceso electoral; empero, el elector únicamente participa durante el escrutinio por lo que la Ley Orgánica de Elecciones lo concibe en dicho ámbito.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- El concepto de elector, desde una perspectiva social, está vinculado al concepto de ciudadano. La adquisición de la mayoría de edad conlleva consigo Deberes y Derechos, entre ellos está la adquisición de la ciudadanía, esta última no solo puede ser adquirida con el nacimiento en un ámbito territorial sino también puede ser solicitada y otorgada por el Estado. Por ello, desde una perspectiva constitucional toda persona no es un ciudadano, pero el adquirir la categoría de ciudadano conlleva consigo el Derecho al voto. Así también, el hecho de ser ciudadano no habilita a desempeñar este derecho Indistintamente, sino que este solo puede ser desempeñado en un ámbito

territorial específico. En ese sentido el concepto de elector se encuentra vinculado al concepto de ciudadano antes que al concepto de sufragio. Empero el concepto de elector contenido en el tipo penal nos permite ubicar su Interpretación en el marco del proceso electoral, lo cual es una primera delimitación del momento en que es factible vulnerar o poner en peligro el bien jurídico del tipo penal.

Bien jurídico y derecho electoral sancionatorio

TRIGÉSIMO TERCERO.- Delimitado el ámbito temporal en el que puede cometerse el delito, es de determinar el ámbito de aplicación del control penal y si hay traslapes o ámbitos sancionatorios similares de parte del derecho penal y el electoral sancionatorio. En efecto, en el ámbito del derecho público hay conductas similares, como es el caso del artículo 42 de la Ley de Organizaciones Políticas en el que se sanciona administrativamente la siguiente conducta: "Las organizaciones políticas, en el marco de un proceso electoral están prohibidas de efectuar la entrega, promesa u ofrecimiento de dinero, regalos, dádivas u otros obsequios de naturaleza económica, de manera directa o a través de terceros, salvo aquéllos que constituyan propaganda electoral, en cuyo caso no deberán exceder del 0.5% de la UIT por cada bien entregado como propaganda electoral".

TRIGÉSIMO CUARTO.- Si bien ambas normas guardan similitud, el ámbito de protección es distinto. La sanción administrativa se encuentra en la Ley de organizaciones políticas, específicamente como parte del Título VI, respecto del Financiamiento de Partidos Políticos. En ese sentido, dicha norma administrativa se encuentra orientada a regular la interacción de los partidos políticos en el marco de un proceso electoral con el objetivo de "que, indistintamente de la capacidad económica que independientemente ostente cada partido, esta no se tradujera en una competencia no igualitaria en razón de la capacidad de gasto que tiene, lo cual a su vez distorsionaría los objetivos democráticos del proceso electoral. Puntualmente, dicha norma administrativa tiene la finalidad de salvaguardar que la propaganda electoral sea realizada conforme a los principios de igualdad, equidad y competitividad. Situación distinta es el caso del tipo penal de inducción al voto. Si bien se tutela el Derecho al sufragio, esta protección significa que se desea salvaguardar la capacidad del elector de determinar libremente su voto. Mientras que la sanción administrativa está orientada a proteger el proceso electoral -específicamente la igualdad de condiciones en la justa electoral- el tipo penal está orientado a proteger el derecho del elector. Ergo, si bien ambas A vertientes forman, en sentido amplio, parte del derecho al sufragio, son, en sentido estricto, bienes jurídicos particularmente diferentes.

Grado de afectación del bien jurídico

TRIGÉSIMO QUINTO.- El delito de inducción al voto es un delito de peligro. Bastaría para su configuración el peligro de que se limite el derecho al sufragio de las personas sobre las que se ejerce la conducta inductora o que solo suponga una amenaza más o menos intensa para el objeto de la acción. Ahora bien, corresponde determinar si se trataría de un delito de peligro concreto o de peligro abstracto.

En los delitos de peligro abstracto, la sola peligrosidad típica de una acción es motivo para su penalización, sin que en el caso concreto se haga depender la punibilidad de la producción real de un peligro, mientras que en los delitos de peligro concreto la realización del tipo presupone que el objeto de la acción se haya encontrado realmente en peligro en el caso individual, o sea que, si no se produce la afectación, la conducta sea irrelevante desde el punto de vista penal.

En el tipo penal, motivo de análisis, considerando que el bien jurídico tutelado es de carácter general, cualquier nivel de interacción podría, de modo abstracto, afectarlo, lo cual en virtud del principio de lesividad no es admisible. En ese sentido, se requiere que la conducta desempeñada por el autor no solo ponga en peligro el bien jurídico, sino que, en el caso individual, la propuesta de ventaja, dádiva o promesa tenga la entidad suficiente de modo que sea idónea para inducir la determinación del voto en un sentido estipulado.

11. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

117

§117. Delitos contra la administración pública: Irrelevancia penal de los defectos administrativos subsanables

Casación	841-2015-AYACUCHO
Fecha	24 de mayo de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Josué Pariona Pastrana
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodriguez Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 399° del CP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	12° al 23°, y 34° al 37°

RESUMEN:

Los defectos administrativos que pueden ser subsanados, vía regularización administrativa, carecen –por sí solos– de relevancia para el derecho penal. Ello porque si la norma administrativa posibilita la regularización de una contratación, el cual a su vez es materia de análisis de la Contraloría General de la República, entonces se trata de defectos que son pasibles de ser subsanados. La razón detrás de esta interpretación, que no se presenta en el resto de casos de contrataciones del Estado, es que –en el marco de una contratación en una situación de emergencia– sea posible la comisión de defectos administrativos. En una contratación en situación de emergencia no se privilegia el cumplimiento de las necesidades de prevención de un riesgo o de atención de una determinada situación. Por ello, es que la norma prevé este tipo de contratación como la única que admite regularización administrativa. Estos defectos administrativos tendrán relevancia penal si vienen acompañados de otros actos que, distintos al proceso administrativo en sentido estricto, acrediten la comisión de un ilícito penal.

FUNDAMENTOS:

DECIMO SEGUNDO: Las contrataciones realizadas en el marco de una situación de emergencia son realizadas de forma directa, lo cual se explica en la necesidad inmediata de tomar acciones de prevención o de mitigación de la situación de emergencia acaecida. Por ejemplo, es el caso de que se presentara un terremoto y se requiriera de material para auxiliar a los damnificados. La compra de ese material, dada la urgencia de contar con el mismo, hace que las formalidades normales cedan, para posibilitar la adquisición rápida del bien y ayudar a los damnificados.

Por ello, dada la necesidad de realizar la compra de forma inmediata para la atención o prevención de la situación de emergencia, es que –de todos los procesos exonerados– sólo la contratación en situaciones de emergencia puede ser regularizada. En ese sentido se encuentra redactado expresamente en el artículo 21° de la Ley de Contrataciones del Estado (D.L. N° 1017).

DECIMO TERCERO: En los casos de contratación en situación de emergencia, existe un control ex post de las compras realizadas, el cual tiene como presupuesto que sea realizada la regularización. En ese sentido, el artículo 128° del derogado Reglamento de la Ley de Contrataciones (D.S. N° 184-008-EF), vigente en la fecha de los hechos señala:

> "**Artículo128.- Situación de Emergencia**
>
> En virtud de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro, o que afecten la defensa y seguridad nacional, la Entidad deberá contratar en forma inmediata lo estrictamente necesario para prevenir y atender los requerimientos generados como consecuencia directa del evento producido, así como para satisfacer las necesidades sobrevinientes. Posteriormente, deberá convocar los respectivos procesos de selección. Cuando no corresponda realizar un proceso de selección posterior, en el informe técnico legal respectivo se debe fundamentar las razones que motivan la contratación definitiva.
>
> Toda contratación realizada para enfrentar una situación de emergencia deberá regularizarse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes de efectuada la entrega del bien o la primera entrega en el caso de suministros, o del inicio de la prestación del servicio o del inicio de la ejecución de la obra,

> incluyendo el proceso en el Plan Anual de Contrataciones de la Entidad, publicando la resolución o acuerdo correspondientes y los informes técnico y legal sustentatorios en el SEACE, debiendo remitir dicha información a la Contraloría General de la República, así como emitiendo los demás documentos contractuales que correspondan según el estado de ejecución de las prestaciones."

Como puede observarse la obligación de regularizar el procedimiento se mantiene, y establece el deber de que la misma sea realizada dentro del plazo de 10 días. Ellos comienzan o computarse desde el momento de la entrega del bien, o la primera entrega en el caso de suministros, o el inicio de la prestación del servicio o del inicio de la ejecución de la obra. Asimismo, a efectos de realizar el control sobre el proceso, es necesaria la remisión de la información pertinente a la Contraloría General de la República.

B. TRASCENDENCIA PENAL DE LA REGULARIZACIÓN

DECIMO CUARTO: El Derecho Penal tiene como función la protección de determinados intereses sociales, los cuales se encuentran normativizados a través de tipos penales. Sólo son objetos de protección aquellos intereses que resultan vitales para la existencia en sociedad. Su existencia no depende del arbitrio libre del legislador, sino que depende de su existencia –directa o derivada– de una norma que forma parte de nuestra Ley Fundamental.

DECIMO QUINTO: La contratación estatal, requiere específicamente que sea llevada a cabo conforme se encuentra dispuesto en la normativa de la materia, siendo protegida a través de distintas normas del Código Penal; sin embargo, el origen del deber de proteger este interés reside en nuestra Constitución Política, la cual señala en su artículo 76° que:

> "Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.
>
> La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades."

DECIMO SEXTO: Conforme al mandato constitucional antes señalado, la Ley realiza las excepciones en las cuales la normativa de la materia no es aplicable. En ese sentido, como señalamos anteriormente, la Ley de contrataciones con el Estado establece como una excepción a la aplicación de sus reglas normales el caso de la contratación en caso de situación de emergencia. Este tipo de contratación, tiene como principal característica el eximirse del proceso de selección, con el objeto de que sea realizada la contratación de forma directa, contratación que puede -posteriormente- regularizarse.

DECIMO sétimo: A diferencia de la contratación normal, la cual se encuentra obligada a seguir un procedimiento predeterminado en la Ley, sin posibilidad de ser regularizada, la contratación de emergencia autoriza la exención de dicho procedimiento. La razón es la situación de emergencia misma.

Detrás de una situación de emergencia existe una situación que requiere una pronta atención, ya que estamos frente a un hecho grave producido, o, ante un grave riesgo de que sea generado. Por ello, se realiza un ejercicio de ponderación entre el normal cumplimiento de la normativa administrativa, y el objeto de protección, en el cual se favorece este último.

DECIMO OCTAVO: La regularización tiene efectos en el ámbito del Derecho administrativo. Su función es que aquella situación irregular pueda ser llevada a un cauce normal. La norma dispone las formas y los plazos que se deben cumplir para que un acto administrativo pueda ser considerado regularizado, para lo cual se subsanan los defectos administrativos de la misma.

En el caso específico de la contratación en situación de emergencia, ésta debe hacerse a los 10 días de entregado el bien. A través de ella, aquellos defectos que puedan ser objeto de subsanación, como es el caso del cumplimiento de ciertos requisitos no solicitados o no verificados cabalmente al momento de la contratación o la entrega del bien, respectivamente.

DECIMO NOVENO: Los defectos administrativos, que tornan un contrato en irregular, por sí solas, carecen de relevancia para el Derecho penal. Sólo cuando ellas tienen como significado el quebrantamiento de un deber que compete a esta rama del Derecho, entonces es que ellas adquieren un sentido comunicativo en este plano.

En el caso de los contratos en situación de emergencia, los defectos administrativos pueden ser subsanados a través del proceso de regularización. Para ello, se requiere la realización de dicho proceso dentro de un plazo de 10 días desde producida la satisfacción del objeto del

VIGÉSIMO: En ese orden de ideas, los defectos administrativos que pueden ser subsanados vía regularización administrativa, carecen –por sí solos– de relevancia para el Derecho penal. Ello, porque si la norma administrativa posibilita la regularización de una contratación, el cual a su vez es materia de análisis de la Contraloría General de la República, entonces se trata de defectos que son pasibles de ser subsanados.

La razón detrás de esta interpretación, que no se presenta en el resto de casos de contrataciones del Estado, es que –en el marco de una contratación en una situación de emergencia– sea posible la comisión de defectos administrativos. En una contratación en situación emergencia no se privilegia el cumplimiento de la formalidad administrativa, sino el cumplimiento de las necesidades de prevención de un riesgo o de atención de una determinada situación. Por ello, es que la norma prevé a este tipo de contratación como la única que admite la regularización administrativa.

Estos defectos administrativos tendrán relevancia penal si vienen acompañados de otros actos que, distintos al proceso administrativo en sentido estricto, acrediten la comisión de un ilícito penal. Es el caso, por ejemplo, del delito de colusión de funcionarios en donde un elemento externo al proceso de contratación (el acuerdo colusorio), hace que dichos defectos administrativos adquieran otra interpretación, incluso para el caso de la contratación en situaciones de emergencia.

VIGÉSIMO PRIMERO: Esta premisa sustantiva trae a su vez consecuencias de índole procesal. Si nos encontráramos frente a un proceso normal de contrataciones con el Estado y se presentaran los defectos administrativos, los cuales no pueden ser regularizados, podría ser entendible como una prueba del quebrantamiento de un deber penal.

Distinta es la situación en el caso de que se trate de una contratación en una contratación de emergencia, dentro de la cual la comisión de defectos administrativos es posible. En este supuesto, debido a la justificación legal y material de los mismos, es posible que el realizar estos defectos carezca –por sí sola– de relevancia para el Derecho Penal. No será el supuesto si, anexo a

Dichos defectos administrativos, se presenta un elemento que da un sentido delictivo a los mismos, como es el acuerdo colusorio o el pago de una dádiva.

ANÁLISIS EN EL CASO CONCRETO

VIGÉSIMO SEGUNDO: La Sala Penal de Apelaciones de Ayacucho ha considerado que los defectos administrativos señalados evidenciarían la comisión del delito de negociación incompatible por parte de los procesados Tony Oswaldo HINOJOSA VIVANCO y Edwin Teodoro AYALA HINOSTROZA.

VIGÉSIMO TERCERO: De forma coherente con los postulados anteriormente mencionados, para evaluar el valor probatorio de los defectos administrativos, primero debemos verificar en qué tipo de contratación nos encontramos... En el presente caso, nos encontramos frente a una contratación en una situación de emergencia, por lo que la valoración de los mencionados defectos es más rigurosa que en un supuesto normal de contratación.

En un supuesto normal de contratación, estos defectos podrían ser tomados como indicios para construir la prueba indiciaria que acredite la comisión de un delito. En un supuesto de contratación de emergencia, ello requiere no sólo de los defectos administrativos, sino que se haya acreditado –adicionalmente– un elemento externo al proceso de contratación.

LA DETERMINACIÓN DE LA FINALIDAD ESPECIAL EN EL COMPORTAMIENTO ILÍCITO DE LOS PROCESADOS

A. La finalidad especial en el delito de negociación incompatible

TRIGÉSIMO CUARTO: El delito de negociación incompatible presenta dos elementos típicos: **A.** El interés indebido sobre un contrato u operación que debe estar a cargo del funcionario público. Este elemento típico sintetiza la tipicidad objetiva. **B.** Debe existir un interés de obtener un provecho propio o para un tercero. Este elemento típico pertenece a la tipicidad subjetiva y se constituye como un elemento subjetivo de trascendencia interna.

TRIGÉSIMO QUINTO: Con relación al primer elemento típico, el elemento central es el interés. Es posible que existan dos tipos de intereses que puede tener el funcionario: uno debido y uno indebido. En el primer caso, el funcionario exterioriza su deseo de un cabal cumplimiento de sus funciones en el segmento del poder que se encuentra administrando, por lo que su idea es en todo momento beneficiar a la administración pública.

El segundo tipo de interés es el que forma parte de la conducta incriminada: el interés indebido. Por interés indebido se entiende a aquella situación en que el funcionario tiene un interés que no es el procurar un beneficio para la

administración pública, por el contrario, este deber es dejado de lado expresamente por él. Al tratarse de un delito de corrupción y entenderse al delito de negociación incompatible en el marco de los delitos de corrupción de funcionarios, resulta claro que el deber quebrantado es la adecuada gestión del patrimonio estatal. El funcionario se encuentra en un conflicto de intereses al actuar, por un lado, tiene el deber de procurar el beneficio de la institución a la que pertenece y por otro el maximizar el interés (propio o de un tercero).

La vía a través de la cual este interés indebido se manifiesta es de forma directa, indirecta o a través de un acto simulado. El objeto sobre el cual ha de recaer el interés indebido es el contrato u operación en la que interviene por razón de su cargo.

TRIGÉSIMO SEXTO: El segundo elemento es la búsqueda de un provecho propio o de un tercero como consecuencia del quebrantamiento del deber institucional; además del dolo, para tener por acreditada la conducta típica, de presentarse este elemento subjetivo. Ésta es la motivación por la cual el funcionario se interesa en el contrato.

Al respecto, como ya señalamos, no es necesario que el tercero sea quien se beneficie de la contratación, dado que el tipo penal admite la posibilidad (por su redacción abierta) de que un tercero que no sea el contratante, pueda ser el beneficiado.

El provecho implica el beneficio que va a recibir el funcionario público (cuando es para sí), el tercero, o ambos, como consecuencia de la celebración del contrato o de la operación a cargo del funcionario.

TRIGÉSIMO sétimo: Todos los elementos antes mencionados deben ser materia de prueba en el proceso penal. No es posible derivar la existencia de los mismos, o presumirla, sino que al tratarse de elementos que configuran la conducta incriminada, constituye un deber del Magistrado determinar si existen o no las pruebas que acrediten los elementos antes mencionados.

A. VIOLENCIA Y RESITENCIA A LA AUTORIDAD

118

§118. Tipicidad y Determinación Judicial respecto a la circunstancia agravante

Acuerdo Plenario Extraordinario	1-2016/CIJ-116
Fecha	01 de junio de 2016
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo y Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Villa Stein, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Hinostroza Pariachi, Príncipe Trujillo, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 367° CP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	16° al 23°

RESUMEN:

El objeto de protección penal en los actos que constituyen delito de intimidación y violencia contra la autoridad policial, está constituido por el poder legítimo que esta ostenta para el debido ejercicio de sus funciones ante TERCEROS. *Partiendo de este presupuesto, el juez tiene el deber de determinar si la acción imputada, y debidamente probada, configura o no una afectación a dicho bien jurídico que justifique la imposición de la sanción agravada. Por lo demás, la aplicación de una sanción más severa exige siempre la existencia de un plus de lesividad que hace que la conducta realizada se diferencie del tipo básico. La diferenciación, en este caso, reside en la idoneidad de la acción violenta para impedir el ejercicio de la función pública de quien es efectivo policial.*

FUNDAMENTOS:

La agravante del inciso 3° del párrafo SEGUNDO del artículo 367°

16° El texto original del artículo 367° del Código Penal vigente no consideraba la condición policial de la autoridad que era afectada por actos de violencia o intimidación, como una circunstancia agravante especifica. Tampoco el Código Penal de 1924 reguló en su articulado una disposición similar. Sin embargo, el Código Maúrtua en el artículo 321°, que reprimía los actos de intimidación, consideraba como agravante especifica que *"el delincuente pusiere manos en la autoridad"*. En estos casos el estándar de punibilidad era no menor de seis meses de prisión lo cual daba al órgano jurisdiccional un amplio espacio de punición que permitía una mejor adaptación de la pena concreta a la mayor o menor gravedad de la agresión cometida. Al promulgarse el Código Penal de 1991 el artículo 266° conservó la misma descripción típica de la intimidación, pero omitió reproducía aquella ideología agravante.

17° La inclusión pues, de la agravante por la calidad policial de la autoridad, que es objeto de análisis, ocurrió mucho años después a través de la Ley 30054 y como respuesta político criminal a sucesos violentos como el desalojo de comerciantes de "La Parada", donde se ocasionaron daños importantes a la integridad física de los efectivos policiales que intervinieron en dicho operativo. Esto es, dicha agravante especifica estaba dirigida a prevenir y sancionar con severidad formas graves de agresión dolosa contra la autoridad policial, orientadas a intimida a sus efectivos o producirles lesiones o incluso la muerte. La aludida circunstancia agravante no fue, pues, construida por el legislador para sobrecriminlaizar actos menores de resistencia, desobediencia o injurias contra efectivos policiales, los cuales de producirse tendrían tipificada formal y material en otros delitos como el previsto en el artículo 368° *("El que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención") o en faltas como las contempladas en los incisos 3 ("El que, de palabra, falta el respeto y consideración debidos a una autoridad sin ofenderla gravemente, o el que desobedezca las ordenes que le dicte, siempre que no revista mayor importancia") y 5 ("El que oculta su nombre, estado civil o domicilio a la autoridad o funcionario público que lo interrogue por razón de su cargo")* del artículo 452°. Cabe señalar también que los insulto o actos de menosprecio verbales o de obra, proferidos

contra la autoridad policial, constituyen formas de injuria (Artículo 130°) pero carecen de tipicidad propia como delitos contra la administración pública cometidos por terceros. A respecto es de recordar que el legislador nacional descriminalizó mediante la Ley 27975, del 29 de mayo de 2003, el delito de desacato que reprimía ese tipo de afrentasen el derogado artículo 374° del modo siguiente: *"El que amenaza, injuria o de cualquier manera ofende la dignidad o el decoro de una funcionario público a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de ejercitarlas, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de tres años. si el ofendido es el Presidente de uno de los Poderes del Estado, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años"*. La justificación dada para tal decisión político criminal, fue la necesidad "democrática" de eliminar toda clase de privilegios legales o de sobre tutela pena para los funcionarios públicos, entre los que se encontraban los policías conforme a lo estipulado en el inciso 5 del artículo 425° del Código Penal.

18° Ahora bien, es importante precisar que el espacio de aplicación del delito de violencia resistencia contra la autoridad policial, así como de la agravante que para tales casos contempla el artículo 367° del Código Penal, debe operar de manera residual y subsidiaria a la eficacia de otros delitos que involucran formas de daño ocasionados dolosamente por terceros contra la vida, la salud o la libertad de efectivos policiales cuando estos actúan en ejercicio de sus funciones o como consecuencia de represalias por la realización legitima de las mismas. Se trata, en concreto, de los siguientes delitos y de sus respectivas circunstancias agravantes específicas por la condición funcionarial o policial del sujeto pasivo:

- Homicidio Calificado por la condición funcional del sujeto pasivo (artículo 108° A).
- Sicariato (Artículo 108° C, inciso 5).
- Lesiones Graves Dolosas (Artículo 121. Párrafos 5° y 6°).
- Lesiones leves Dolosas (Artículo 122°, Incisos 3, literal a y 4).
- Injuria (Artículo 130°).
- Secuestro (Artículo 152° inciso 3).

19° Por tanto, es relevante precisar que el delito de violencia y resistencia contra la autoridad, agravado por la calidad policial de esta, abarca únicamente aquellos actos que mediante amenazas o agresiones físicas rechazan el *ius imperium* del Estado, representado en el ejercicio del poder, competencia

y facultades que aquella legalmente ostenta y ejerce. Son, pues, formas de resistencia activa y violenta contra dicho poder y autoridad. Por tal razón, su relevancia y punibilidad tiene siempre que ser menores que los que corresponden a otra clase de acciones de violencia que se dirigen a atentar directamente contra la vida o la salud de efectivos policiales que ejercen o ejercieron sus funciones. Es por ello que para sancionar con severidad estos últimos casos, se han regulado expresamente circunstancias agravantes específicas en los delitos de homicidio y lesiones.

20° Por consiguiente, el delito de violencia y resistencia contra la autoridad policial sólo puede configurarse y ser sancionado como tal, cuando en el caso sub judice nos den los presupuestos objetivos y subjetivos que tipifican de manera independiente los hechos punibles contra la vida o la salud individual del funcionario policial que se han señalado anteriormente. La penalidad, por tanto, el delito de violencia y resistencia contra una autoridad policial no puede sobrepasar la pena mínima fijada para las lesiones leves en el artículo 122°, inciso 3, literal a. es decir, **en ningún caso puede ser mayor de tres años de pena privativa de libertad**, si es que la violencia ejercida contra la autoridad policial no ocasionó siquiera lesiones leves. Pero, si el agente con las violaciones ejercida produjo dolosamente lesiones leves o lesiones graves a la autoridad policial, su conducta sólo debe asimilarse a los delitos tipificados en los artículos 121° y 122° del Código Penal, respectivamente, aplicándose, además, en tales supuestos, la penalidad prevista para la concurrencia de la agravante especifica que se funda en la condición funcional del sujeto pasivo. Esto es, si se ocasionan lesiones graves la pena será no menor de seis ni mayor de doce años de pena privativa de libertad; y, si solo produjeron lesiones leves, la sanción será no menor de tres ni mayor de seis años de pena privativa de la libertad.

Sobre la Proporcionalidad en la Determinación Judicial de la Penal

21° Como ya se ha señalado, el objeto de protección penal en los actos que constituyen delito de intimidación y violencia contra la autoridad policial, está constituido por el poder legítimo que esta ostenta para el debido ejercicio de sus funciones ante terceros. Partiendo de este presupuesto, el juez tiene el deber de determinar si la acción imputada, y debidamente probada, configura o no una afectación a dicho bien jurídico que justifique la imposición de la sanción agravada. Por lo demás, la aplicación de una sanción más severa exige siempre la existencia de un plus de lesividad

que hace que la conducta realizada se diferencie del tipo básico. La diferenciación, en este caso, reside en la idoneidad de la acción violenta para impedir el ejercicio de la función pública de quien es efectivo policial. Por tanto, aquellas otras acciones que en el caso concreto pueden significar un acto de intimidación o de violencia contra una autoridad policial en el ejercicio de sus funciones y estar destinadas a evitar que ella las cumpla, pero que por las condiciones particulares de quien las ejecuta o por el contexto donde estas se dan, no resultan idóneas para impedir o frustrar el cumplimiento efectivo de las actuaciones policiales, no podrán configurar la agravante que regula la ley y sólo pueden realizar el tipo penal del artículo 366° o ser falta. Así, actos como el empujar a un miembro de la Policía Nacional del Perú, cuando este ejerce sus funciones, o el afatar su honra a través de insultos o lanzarle escupitajos, no pueden ser considerados como formas agravadas. Sobre todo porque dichas conductas no son suficientemente idóneas para afectar el bien jurídico con una intensidad o fuerza adecuada para impedir que la autoridad cumpla sus funciones; la pena, entonces, que cabría aplicar en tales supuestos no puede ni debe ser conminada en el artículo 367°.

22° Pero, además, en la determinación judicial de la pena aplicable a los actos de intimidación o violencia dirigidas contra autoridades policiales, no se puede obviar la concurrencia evidente de causales de disminución de punibilidad como cuando el agente del delito se encuentre bajo notorios efectos de consumo de alcohol; o cuando aquel sólo se resiste a su propia detención; o cuando los actos de intimidación o violencia se ejecuten por quien reaccione en errónea defensa de un familiar cercano que es intervenido por la autoridad policial. En tales supuestos, según corresponda, el juez debe decidir la pena a imponer siempre por debajo del mínimo legal, tal como lo dispone el artículo 21° del Código Penal. asimismo, no hay impedimento legal alguno para que la pena impuesta, en tanto no sea superior a cuatro años de pena privativa de la libertad y se den los presupuestos legales correspondientes, pueda ser suspendida en su ejecución o convertida en una pena limitativa de derechos.

23° Tampoco hay ninguna limitación normativa que afecte la eficacia de reglas de reducción por bonificación procesal, como cuando el procesal expresa concesión sincera o se somete a la terminación anticipada del proceso; o a la conclusión por conformidad de la audiencia. En todos estos casos, la reducción sobre la pena impuesta se aplicará siempre y conforme a los porcentajes que autoriza la ley.

119

§119. Elementos del tipo subjetivo

Recurso de Nulidad	652-2016- LIMA NORTE
Fecha	23 de agosto de 2016
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Príncipe Trujillo.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 366° del CP

RESUMEN:

El delito de violencia y resistencia a la autoridad es doloso; es decir, supone el conocimiento del sujeto pasivo y el ejercicio legítimo del acto funcional.

FUNDAMENTOS:

Séptimo: Está probado que los hechos sucedieron en un acto judicial de lanzamiento; no obstante, no obra en los actuados elemento probatorio alguno que acredite que el recurrente tenía conocimiento de que se iba a realizar la citada diligencia judicial, ni que se siguió un proceso en la vía civil que ampare el citado desalojo. Por el contrario, obra a fojas doce la testimonial del efectivo policial Robert La Chira Quispe (lesionado), quien refirió que estuvo presente en la diligencia solo para dar seguridad al secretario judicial, pues eran siete personas contratadas las que se encargarían de desalojar; en el mismo sentido, a fojas diecisiete, el policía José Antonio Altamirano Villagaray indicó que su función se limitó, exclusivamente, a brindar seguridad al secretario del juzgado, ya que para el desalojo los interesados contrataron a civiles.

OCTAVO: Para mayor documentación, se aprecia a fojas catorce que el efectivo policial Antonio Aguilar Yanac manifestó que se produjo una gresca entre

las personas que estaban en el inmueble objeto de litis y los contratados por los demandantes para realizar el desalojo, en el cual la policía no tuvo participación alguna, más que el uso de agentes químicos para acabar con el enfrentamiento.

NOVENO: Con lo expuesto, se encuentran acreditadas las circunstancias que rodearon el hecho imputado pero no el conocimiento del recurrente del acto judicial en cuestión. Tanto más si no obra en el proceso declaración del servidor judicial que certifique la forma en que los terceros contratados ingresaron al inmueble del procesado ni si se dio la oportunidad de que este tome conocimiento de la legalidad de la medida, menos aún se aprecian cargos de notificación que denoten que el lanzamiento judicial fue debidamente comunicado, puesto que se trataba de una vivienda habitada.

DECIMO: ***El delito de violencia y resistencia a la autoridad requiere que la conducta ilícita esté dirigida a impedir que el funcionario o servidor público ejerza sus funciones. Ello supone el conocimiento por parte del agente de la calidad especial del sujeto pasivo y el acto funcional que este realizará.*** Situación que no se probó en el caso de los actuados judiciales; por lo cual corresponde amparar el recurso defensivo y declarar la absolución del encausado, de conformidad con lo previsto por el artículo trescientos uno, del Código de Procedimientos Penales.

DECIMO PRIMERO: La sentencia de vista cuestionada, que ingresó a conocimiento del Tribunal Supremo, también se pronunció por la responsabilidad penal del procesado Jonathan Adolfo Pérez Ramos, quien estuvo en forma circunstancial en la vivienda del recurrente (véase a fojas diecinueve) y en la situación jurídica, puesto que al no determinarse que el desalojo fue comunicado debidamente a los encausados no puede inferirse que estos actuaron con la intención de impedir que la autoridad ejerza sus funciones. Por tanto, en aplicación del efecto extensivo de los recursos, corresponde declarar la absolución del citado procesado.

120

§120. Toda persona puede oponerse y resistirse a la propia de tención, pero no se admite violentar a la autoridad policial

Recurso de nulidad	1268-2018/LIMA NORTE
Fecha	24 de octubre de 2018
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	César San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Chávez Mella, Bermejo Ríos.
Disposiciones estudiadas	Arts. 365 y 366 del CP.

RESUMEN:

Es obvio que el encausado se opuso a una intervención lícita de la autoridad policial, que actuó ante la denuncia de robo por parte de un ciudadano que lo sindicaba como tal. Esta oposición fue violenta y, como tal, importó la agresión directa a un efectivo policial, incluso se afectó un bien público policial (el patrullero). Ello denota una conducta irascible exacerbada por el consumo de alcohol. Es verdad que toda persona puede oponerse y resistirse a la propia detención, pero lo que no se admite es violentar a la autoridad policial, agredirla para impedir que cumpla con su función de control de orden público y prevención del delito. Las lesiones causadas son clara muestra de esta violencia ilícita, no justificada y desproporcionada, que ejerció el imputado contra el policía.

FUNDAMENTOS:

PRIMERO. Que la defensa del encausado Cabada Castañeda en su recurso formalizado de fojas trescientos cuarenta y seis, de veintitrés de agosto de dos mil diecisiete, instó la absolución de los cargos. Alegó que la detención policial

fue injustificada y abusiva, además fue agredido por la policía; que no existen pruebas de una grave y significativa violencia y/o resistencia contra la autoridad –la incapacidad del policía afectado no pasó el umbral de las faltas–, y además se efectuó en el marco de una actuación de defensa ante la violencia policial.

SEGUNDO. Que la sentencia de instancia declaró probado que el día diecinueve de abril de dos mil quince, como a las siete horas con veinte minutos, la persona de José Humberto Zurita Castañeda denunció que había sido víctima de robo por parte del encausado Cabada Castañeda, lo que dio lugar a la intervención del policía Vargas Cirilo, quien lo intervino y le pidió sus documentos personales. Como se le indicó que debían ir a la Comisaría, opuso resistencia y agredió, con un puñetazo en el rostro, al citado efectivo policial; incluso, trató de impedir que se le conduzca a la Comisaría realizando actos violentos en el interior del vehículo policial conducido por el efectivo policial Raúl Acuña Tobies.

TERCERO. Que el encausado Cabada Castañeda reconoció que si bien respondió al policía que lo intervino, lo hizo en defensa personal porque aquél lo agredió primero; incluso reconoció que por cólera rompió el lado izquierdo del vehículo policial, así como alegó que estaba ebrio [fojas dieciséis, ciento treinta y cuatro y doscientos cincuenta y cinco].

CUARTO. Que el propio denunciante Zurita Castañeda precisó que el imputado se puso "bravo" con los policías, que agredió al personal interviniente y que luego de un forcejeo los policías lograron reducirlo e ingresarlo al patrullero [fojas diez, con fiscal].

El efectivo policial Vargas Cirilo ratificó que el imputado se encontraba ebrio –no estaba lúcido–, que intervino a raíz de la denuncia del agraviado Zurita Castañeda, que se opuso al arresto y lo agredió [fojas trece y doscientos sesenta y nueve].

Esta última declaración es concordante con la Ocurrencia Virtual de fojas dos.

Además, la pericia médico legal de fojas treinta y cinco da cuenta que el policía presentó equimosis violácea región mucosa labial, superior derecho, tumefacción superficial mucosa labial, interior derecho, equimosis violácea tenue región anterior falange distal cuarto dedo mano izquierda, que requirió un día de atención facultativa por cuatro días de incapacidad médico legal. El dictamen pericial forense de fojas ciento cuarenta y cinco confirma las lesiones en rostro y miembro superior izquierdo que presentó, al examen, el citado efectivo Policial Vargas Cirilo.

El certificado médico legal del encausado de fojas treinta presentó excoriaciones, tumefacción y equimosis por fricción, que igualmente requirió un día de atención facultativa por cuatro días de incapacidad médico legal.

QUINTO. Que, en consecuencia, es obvio que el encausado Cabada Castañeda se opuso a una intervención lícita de la autoridad policial, que actuó ante la denuncia de robo por parte de un ciudadano que lo sindicaba como tal. Esta oposición fue violenta y, como tal, importó la agresión directa a un efectivo policial, incluso se afectó un bien público policial (el patrullero) –así lo declaró no solo el efectivo policial lesionado sino el denunciante–. Ello denota una conducta irascible exacerbada por el consumo de alcohol.

Es verdad que toda persona puede oponerse y resistirse a la propia detención, pero lo que no se admite es violentar a la autoridad policial, agredirla para impedir que cumpla con su función de control de orden público y prevención del delito. Las lesiones causadas son clara muestra de esta violencia ilícita, no justificada y desproporcionada, que ejerció el imputado contra el policía. El delito es el previsto en el artículo 367, numeral 3, del Código Penal, según la Ley número 30054, de treinta de junio de dos mil trece.

SEXTO. Que si bien se cometió el delito juzgado, en el presente caso se presentó un caso evidente de ebriedad a tal punto que mermó las facultades, sin eliminarlas, de entendimiento del imputado, por lo que se aplica la concordancia de los artículos 20, apartado 1, y 21 del Código Penal. Se está ante una causal de disminución de punibilidad (eximencia incompleta), que obliga a reducir la pena por debajo del mínimo legal.

La pena debe disminuirse y ha de suspenderse condicionalmente, por tratarse de un delincuente primario y no vislumbrarse que la suspensión no impedirá una reiteración delictiva.

B. COLUSIÓN

121

§121. Precisiones sobre el delito de colusión simple y agravada

Casación	661-2016-PIURA
Fecha	11 de julio de 2017
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana
Jueces Supremos	Pariona Pastrana, Neyra Flores, Calderón Castillo, Sequeiros Vargas, Figueroa Navarro.
Disposiciones estudiadas	Art. 384° del CP
Fundamentos jurídicos vinculantes	15° al 17°

RESUMEN:

La modalidad simple de colusión, constituye un delito de peligro potencial, pues exige una aptitud lesiva de la conducta -"para defraudar"-. Por ello, es necesario que el juez compruebe en el caso concreto ese elemento de peligrosidad típica o idónea de la conducta para producir un determinado efecto. En los delitos de peligro potencial, la imposibilidad de afectar el bien jurídico excluye, por tanto, la tipicidad de la conducta.

La colusión agravada se requiere que el agente perjudique o defraude de modo efectivo el patrimonio del Estado, es decir, se trata de un delito de resultado lesivo, donde el desvalor de la acción, esto es, la concertación idónea, no es suficiente para configurar el delito, pues aquí se exige la efectiva lesión o perjuicio al patrimonio del Estado ***-desvalor de resultado-****. Ahora bien,* ***una prueba idónea que permite establecer el perjuicio patrimonial concreto en una determinada entidad es la pericia contable****, en tanto sea concreta y específica.*

FUNDAMENTOS:

A. Normatividad aplicable al presente caso

NOVENO: Previo a desarrollar los elementos objetivos del delito de colusión, es necesario establecer qué norma penal corresponde aplicar, pues debe advertirse que los hechos que se imputan a los recurrentes se suscitaron en el año dos mil once. Así, desde la entrada en vigencia con el Código Penal de 1991, el artículo 384° que regula el delito de colusión ha sido objeto de diversas modificaciones. La primera modificación se efectuó en 1996, mediante Ley N° 26713, publicada el veintisiete de diciembre de mil novecientos noventa y seis, que establecía: *"Artículo 384.- El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de fres ni mayor de quince años."*

9.1. Asimismo, el diez junio de dos mil once, se aprobó la **Ley N° 29703**, que modificó la ley anterior agregando el término "**patrimonialmente**"; así, precisó la norma: *"Artículo 384 – El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos mediante concertación ilegal con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años."* Es de precisarse que la citada norma debe entenderse como inexistente, dado que mediante el Expediente N° 00017- 2011-PI-TC del tres de mayo de dos mil doce, fue declarado inconstitucional en el extremo que declara nulo y carente de todo efecto la expresión patrimonialmente", siendo posteriormente modificada.

9.2. Por ello, el veintiuno de julio de dos mil once se publicó la Ley N° 29758, que regula el delito de colusión en dos modalidades: "Colusión simple – primer párrafo" y "Colusión agravada – segundo párrafo":

> *El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.*

> *El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años."*

9.3. Dicha modificación trajo consigo una nueva estructura típica del delito de colusión, que serán desarrollados en acápites posteriores. Debiendo precisarse que posterior a esta modificatoria, el delito de colusión sufrió algunas modificatorias orientadas a determinar la pena de multa e inhabilitación. Así, se tiene la Ley N° 30111, del 26 de noviembre de 2013, y el D. Leg. N° 1243 del 22 de octubre de 2016.

DECIMO: Conforme a los hechos materia de análisis el delito de colusión que se imputa a los recurrentes, conforme el **apartado "I"** de la presente ejecutoria, se inició el **8 de julio de 2011** con la emisión de la resolución de Alcaldía N°658-2011-MDC, mediante la cual la procesada Ruesta de Herrera, en su condición de Alcaldesa, aprueba las bases del proceso de licitación para la adjudicación de la obra. En ese sentido, la norma vigente al momento de los hechos habría sido el tipo penal de colusión regulado en la Ley N° 29703, publicada el 10 junio de 2011; sin embargo, como se precisó, la citada regulación fue declarada inconstitucional, configurándose como inexistente. Así, la ley vigente al 8 de julio de 2011 sería el tipo de colusión regulado en la Ley N° 26713.

DECIMO PRIMERO: En esa línea, el tipo penal de colusión regulado en la Ley N° 26713, no distingue -como es en la actualidad- entre colusión simple o agravada, por lo que la materialización de un perjuicio patrimonial como criterio de configuración del ilícito de colusión se desarrolló a nivel de la jurisprudencia. Así, se advierte diversa jurisprudencia emitida por este Supremo Tribunal donde pese a la ausencia de un perjuicio patrimonial concreto se daba por configurado el injusto de colusión, pues se entendía que la expectativa normativa que protegía el delito de colusión era el correcto funcionamiento de la esfera de la Administración Pública; por tanto, **"defraudar al Estado"** no debía entenderse exclusivamente como una mera disminución del patrimonio del Estado, siendo suficiente la producción de un perjuicio potencial o peligro de perjuicio. [Vid. al respecto el fundamento N° 3.4 del R.N. 2617-2012 del 22 de enero de 2014; fundamento jurídico N° 3.1.2 del R.N. 1199-2013 del 06 de agosto de 2014]. En ese sentido, independientemente del perjuicio patrimonial, el delito de colusión se configuraba

con la materialización del acuerdo colusorio con potencialidad de defraudación, considerando muchas veces la existencia de un perjuicio patrimonial solo como un criterio para la determinación judicial de la pena.

DECIMO SEGUNDO: Conforme a lo señalado, se puede advertir que con la norma vigente al tiempo de la comisión del acto delictivo –**Ley N° 26713– el delito de colusión sancionaba con una pena de 3 a 15 años**, independientemente del perjuicio patrimonial que pueda existir. Sin embargo, al haberse emitido posteriormente la **Ley N° 29758** que regula una nueva estructura típica del delito de colusión -simple y agravada- la cual prevé que en el supuesto que no exista un perjuicio patrimonial se configura el acto como una colusión simple, cuya pena privativa de libertad puede ser de 3 a 6 años. Estando a ello, se tiene que la **Lev N° 29758** es una norma más favorable -por tanto es de aplicación al caso el principio de retroactividad benigna, en virtud al inciso 11 del artículo 139 de la Constitución y el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos-, pues en caso exista un acuerdo colusorio pero no un perjuicio patrimonial la sanción a imponer tendrá un **límite máximo de 6 años de pena privativa de libertad.**

B. ESTRUCTURA TÍPICA DEL DELITO DE COLUSIÓN

DECIMO TERCERO: El delito de colusión, previsto en la **Ley N° 29758** –que en su sustrato típico establece lo mismo que la modificación actual–, regula dos supuestos:

1) Colusión simple y **2)** Colusión agravada; el primero establece que: "El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su carao, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado **concerta con los interesados para defraudar al Estado** o entidad u organismo del Estado, según ley, mientras que el segundo señala: "El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su carao, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado **mediante concertación con los Interesados defraudare patrimonialmente al Estado** o entidad u organismo del Estado, según ley, (...)"

DECIMO CUARTO: Debe precisarse que en ambos supuestos el **núcleo del comportamiento típico es defraudar al Estado mediante la concertación con los interesados en los procesos de contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios para el Estado**. En ese sentido, el marco para el acuerdo

defraudatorio –colusión– es el ámbito de la contratación pública. Así también lo ha precisado el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 18 de la sentencia del 3 de mayo de 2012, recaída en el Exp. N° 0017-2011-PI/TC, en la cual señala que: *"(...) El delito de colusión se desenvuelve en el ámbito de la contratación pública".*

DECIMO QUINTO: Asimismo, la diferencia que existe entre colusión simple y agravada, estriba en que: "*si la concertación es descubierta antes que se defraude patrimonialmente al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será simple; en cambio, si la concertación es descubierta, luego que se causó perjuicio patrimonial efectivo al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será agravada*". Así, **la colusión simple se consuma con la sola concertación, sin necesidad que la administración pública sufra perjuicio patrimonial ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario**, pues el peligro de afectación al patrimonio estatal es potencial, siendo suficiente que la conducta colusoria tenga como propósito defraudar. Mientras que para configurarse **la colusión agravada es necesario que mediante concertación con los interesados, se defraude patrimonialmente al Estado, esto es, causando perjuicio real o efectivo al patrimonio estatal.**

DECIMO SEXTO: Además, es de precisar que la colusión simple exige para su concurrencia dos elementos típicos: **a)** la concertación ilegal entre el funcionario público y el particular interesado, y **b)** el peligro potencial para el patrimonio estatal, generado por tal concertación ilegal. Así, la modalidad simple de colusión, constituye un delito de peligro potencial, pues exige una aptitud lesiva de la conducta -"para defraudar"-. **Por ello, es necesario que el juez compruebe en el caso concreto ese elemento de peligrosidad típica o idónea de la conducta para producir un determinado efecto.** En los delitos de peligro potencial, la imposibilidad de afectar el bien jurídico excluye, por tanto, la tipicidad de la conducta.

DECIMO SÉPTIMO: Así también, en la colusión agravada se requiere que el agente perjudique o defraude de modo efectivo el patrimonio del Estado, es decir, se trata de un delito de resultado lesivo, donde el desvalor de la acción, esto es, la concertación idónea, no es suficiente para configurar el delito, pues aquí se exige la efectiva lesión o perjuicio al patrimonio del Estado -desvalor de resultado-. Ahora bien, una prueba idónea que permite establecer el perjuicio patrimonial concreto en una determinada entidad es la pericia contable, en tanto sea concreta y específica. La importancia de la pericia contable para determinar la efectiva afectación del patrimonio estatal ha sido resaltada en la jurisprudencia

del Corte Suprema; así, se estableció en **la Casación N° 1105- 2011/SPP -fundamento jurídico N° 7- que señala: "la necesidad de una prueba directa como el Informe pericial contable para establecer el perjuicio patrimonial en el delito de colusión".**

C. LA COMPLICIDAD EN EL DELITO DE COLUSIÓN

DECIMO OCTAVO: Para determinar jurídicamente cómo se manifiesta la complicidad en el delito de colusión es necesario primero recordar que esta Suprema Corte ya se ha pronunciado en la sentencia de **casación N° 367-11/ Lambayeque,** respecto a los grados de intervención delictiva en la complicidad, señalando que: "**3.10.** Desde la perspectiva de este Supremo Tribunal la diferencia entre ambas radica en el tipo de aporte prestado por el cómplice. Serán susceptibles de ser considerados actos de complicidad primaria aquellos actos que sean esenciales **para que el autor pueda cometer el delito.** Es el caso de aquella persona que proporciona las armas a una banda de asaltantes de bancos. **3.11.** De otro lado, la complicidad secundaria se compone por cualquier contribución, que no sea esencial **para la comisión el delito.** Se trata de aportes que no son indispensables. (...). **3.12.** La determinación de la esencialidad o no esencialidad del aporte sirve para diferenciar la complicidad primaría y secundaría. El aporte ha de ser valorado a través de los filtros de la imputación objetiva, para determinar si el mismo constituye o no un riesgo típico. Luego, habrá de analizarse si la conducta -objetivamente típico- también puede ser imputada subjetivamente."

DECIMO NOVENO: Conforme a lo citado, las acciones que pueda realizar un sujeto a fin de ser considerado cómplice -primario o secundario- son acciones anteriores o simultáneos a la comisión del hecho delictivo perpetrado por el autor. En ese sentido, las acciones posteriores a la comisión del delito pese a ser reprochables no pueden ser considerados parte del delito precedente.

VIGÉSIMO: Como ya ha señalado esta Corte Suprema -véase fundamento jurídico 28 de la Casación N°841-2015- **la participación de un tercero en un delito de infracción de deber depende, fundamentalmente, de que la misma sea incluida en la redacción típica.** Siendo este el caso de los denominados delitos de participación necesaria, que exigen para su configuración la presencia de dos intervinientes: de un lado, la intervención del funcionario público con deberes especiales (*Intraneus)*; y, de otro lado, la participación del interesado (*extraneus:* sujetos sin deberes especiales) para el perfeccionamiento del delito; un ejemplo claro de lo citado es el delito de colusión, pues es un delito de participación necesaria.

VIGÉSIMO PRIMERO: En ese sentido, el partícipe (cómplice) en el delito de colusión solo podrá ser aquel que designe el propio tipo penal. En el supuesto del delito de colusión, regulado en el artículo 384° del Código Penal, el cómplice será, conforme a la norma, el o los interesados que conciertan con los funcionarios públicos. Así, no se podrá hablar de complicidad fuera de la citada esfera que abarca al particular interesado que concertó con el funcionario público para defraudar al Estado.

D. De la reparación civil.

VIGÉSIMO SEGUNDO: El derecho a la debida motivación de las resoluciones en el derecho penal ampara los autos y las sentencias. En ese sentido, previo a la emisión de una sentencia penal , el desarrollo de las audiencias se concentra en el análisis de la pretensión penal y civil de las causa que se debate, toda vez que el objeto de este proceso es doble: penal y civil ; más aún si "nuestro sistema procesal penal se ha adherido a la opción de posibilitar la acumulación de la pretensión resarcitoria, de naturaleza civil, en el proceso penal (...)(por lo que esta) acumulación de a acción civil al proceso penal, responde sencillamente a un supuesto de acumulación heterogénea de pretensiones, con fines procesales estrictos. Esta tendencia encuentra un beneficio en el hecho de que, con el menos desgaste posible de jurisdicción, se pueda reprimir el daño público causado por el delito y reparar el daño privado ocasionado por el mismo hecho"; por tanto una sentencia penal deberá pronunciarse donde la responsabilidad penal y civil del procesado, pues solo así se estaría cumpliendo y respetando el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

122

§122. Perjuicio en el delito de colusión

Recurso de nulidad	881-2018-PASCO
Fecha	1 de abril de 2019
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Sequeiros Vargas.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Figueroa Navarro, Príncipe Trujillo, Sequeiros Vargas, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Art. 384 del CP

RESUMEN:

La determinación del perjuicio o defraudación patrimonial en el delito de colusión desleal, requiere la realización de una pericia contable idónea. Su falta de acreditación suficiente determina la nulidad de la sentencia, toda vez que constituye un elemento esencial del tipo penal.

FUNDAMENTOS:

CONSIDERANDO

Primero. Fundamentos de la sentencia impugnada

1.1. El delito de colusión puede verificarse en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública; tanto en la de generación de la necesidad (inicio), como en la de liquidación del contrato (final), pasando por las etapas de evaluación, adjudicación, ejecución, etcétera.

1.2. En la valoración de los medios probatorios se tuvo en cuenta lo establecido en el fundamento octavo del Recurso de Nulidad número 1722-2016 del

Santa, y lo establecido por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el expediente número 00185-2011-7-1826-JR-PE-03, en su fundamento décimo octavo.

1.3. En el Proceso de Contratación por Adjudicación Directa Selectiva número 017-2006-CE-MPDC se constataron una serie de deficiencias e inobservancias de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su reglamento vigente en el año 2006, las que han sido puntualizadas en la sentencia impugnada, indicando los elementos probatorios que se advierten de dichas irregularidades y de los indicios que advierten que estas respondieron a un acuerdo colusorio, tales como:

1.3.1. El Comité de Obras –integrado por Peter Roal Marquina Dávila, presidente; Orlando Leandro Ildefonso, primer miembro, y Alexander Igor Rivera Lucas, segundo miembro– jamás fue a constatar la ejecución total de la obra, como se desprende de sus declaraciones disímiles.

1.3.2. El acusado Leandro Ildefonso no solo otorgó irregularmente la buena pro al contratista, sino que, pese a que evidenció desconocer inclusive el lugar de ejecución de la obra II etapa de la trocha carrozable, procedió a suscribir el acta de recepción, como miembro del comité de recepción de obras. El veintidós de diciembre de dos mil seis, presentó a Marquina Dávila el informe sobre la culminación de la obra al 100% y el expediente de liquidación, pidiendo que se le paguen sus honorarios, los cuales cobró el veintiocho de diciembre de dos mil seis; pero, el diecisiete de enero de dos mil siete, el nuevo regidor y el nuevo gerente de Desarrollo Urbano de la municipalidad agraviada encontraron un grupo de trabajadores realizando excavaciones de cunetas, además de que detectaron deficiencias en varios tramos.

1.3.3. López Suárez, indebidamente, procedió a elaborar el expediente técnico para la "Construcción de la trocha carrozable Nunumyayog II etapa", pese a que, en el mes de diciembre de dos mil seis, ostentaba la Gerencia de Instituto

Vial Provincial de la entidad agraviada; sin embargo, es una falacia que haya sido contratado por alguna empresa, cuando no existe prueba alguna de ello.

1.3.4. No obra en autos el informe que elevara el acusado Peter Roal Marquina Dávila a la Alcaldía, solicitando la aprobación del expediente técnico y la ejecución de la obra "Construcción de la trocha carrozable Nunumyayog II etapa", lo cual impide conocer si estaba considerada en el plan anual de contrataciones y adquisiciones de la Municipalidad agraviada.

1.3.5. Marquina Dávila, Orlando Leandro Ildefonso y Enma Osorio Silvestre actuaron como miembros del Comité Especial Permanente para Procesos de Adjudicación Directa Selectiva Obras y Consultoría, sin acreditar su debido nombramiento, pese a que, según Resolución de Alcaldía número 08, del dieciséis de enero de dos mil seis, otros integraban dicho comité, con lo que se constata que actuaron usurpando funciones.

1.3.6. Para la ejecución de la obra, se favoreció abiertamente la contratación del contratista acusado Carhuamaca Vásquez, quien había ejecutado con anterioridad una obra pública a favor de la entidad agraviada, durante la gestión de sus coacusados, lo que implica que el procedimiento de adjudicación directa selectiva fue totalmente simulado, para aparentar la formalidad de selección de postor, pues permitieron que la obra fuera ejecutada realmente por López Suárez, quien suplantó a Carhuamaca Vásquez.

1.3.7. Igualmente, Marquina Dávila permitió que la obra sea ejecutada sin la presencia del supuesto residente Barquerizo Canchumanya o mediante la probable suplantación de él por el hermano de Miguel Edwin López Suárez.

1.3.8. La contratación del supervisor de obra Rivera Lucas fue aparente, porque el contrato está fechado el cinco de diciembre de dos mil seis, pero en realidad él recién lo firmó el quince de diciembre, e hizo anotaciones fraudulentas en el cuaderno de obras, pues solo se constituyó una vez a la obra, y él mismo afirmó que no contaba siquiera con un ejemplar del expediente técnico.

1.3.9. Leandro Ildefonso fue servidor público en la Gerencia de Marquina Dávila; López Suárez también fue servidor público, sin embargo, fue supervisor de la construcción de la trocha en su primera etapa y elaboró el expediente técnico para la segunda etapa, y Rivera Lucas es conocido por todos los funcionarios y contratistas, razón por la

cual –a pedido de Marquina Dávila– se le contrató sin concurso ni selección –de las que no existe prueba alguna–, con lo que queda demostrada la concertación dolosa de todos ellos.

1.4. Todo esto fue corroborado con: a) el acta de constatación y verificación fiscal, del 21 de marzo de 2007–fojas 198 a 193–; b) la memoria descriptiva elaborada por el propio López Suárez –fojas 316 y siguientes–; c) el acta de inspección judicial del 23 de julio de 2008 –fojas 1186 a 1193–, en la que se constató que no existe puente de enlace a dicha carretera ni cunetas y que la carretera no está en uso, pues no se cumplió con las inclinaciones de los taludes; además el Informe número 57-2207 y el convenio de colaboración –foja 346–, que suscribió el contratista con el presidente de la comunidad de Nunumyayog, supuestamente para contratar mano de obra de comuneros, señalando que el costo lo habría pagado el contratista, pero no mostró documento alguno que compruebe que cumplió con dicho pago.

1.5. El informe pericial suscrito por los contadores públicos colegiados Quillatupa Machuca y Peña Toribio Nicaso no tiene sustento contable válido, pues se limitaron a repetir lo que el gerente de Desarrollo Urbano, Salud y Medio ambiente de la Municipalidad agraviada señaló en su Informe número 15-2007; por lo que no cumplieron con realizar un análisis pormenorizado de los documentos para establecer si los gastos responden o no al avance físico de la obra, como lo declararon en el juicio oral; de lo que se colige que no se ha determinado mediante una pericia contable el monto del perjuicio económico, pero al no ser imperativo que la defraudación se base en una pericia oficial, debe tomarse en cuenta solo para efectos de graduar la pena, ya que los hechos ocurrieron entre los meses de noviembre a diciembre de dos mil seis, cuando estuvo vigente el texto del artículo 384 del Código Penal, que no exigía el perjuicio económico para el Estado, sino que bastaba la potencialidad para defraudarlo.

Segundo. Fundamentos del Tribunal Supremo

2.1. Los recursos impugnatorios interpuestos cuestionan la existencia de elementos de prueba que acrediten la verificación de un acuerdo colusorio entre las partes, y niegan que se haya causado una lesión efectiva al patrimonio municipal, pues sostienen que la pericia contable realizada carece de mérito probatorio, por no tener sustento contable ni jurídico.

2.2. En cuanto al acuerdo colusorio, en la sentencia impugnada se han precisado los elementos de prueba que evidencian un acuerdo colusorio entre las partes, extremo que no adolece de cuestionamientos por parte de este Tribunal, por hallarse debidamente fundamentado: se precisa la imputación contra cada procesado y los medios probatorios que sustentan las sindicaciones en su contra; pero no se ha establecido a través de la pericia contable correspondiente si dicho acuerdo pudo ser perjudicial a los intereses patrimoniales del Estado o si existió la defraudación patrimonial.

2.3. Es cierto que en la fecha de comisión de los hechos –los meses de noviembre a diciembre de dos mil seis– el tipo penal de colusión desleal, previsto en el artículo 384 del Código Penal, preveía una conducta sin agravantes, que no contemplaba como elemento normativo la defraudación patrimonial y que esta solo tenía injerencia en la graduación de la pena.

2.4. Pero ello no implica que se pueda prescindir de tal elemento de prueba en la determinación de la configuración del tipo penal, dado que solo a través de esta se puede apreciar la magnitud del posible perjuicio patrimonial que se pudo causar o se causó al Estado; por ende, es decisivo a efectos de establecer la proporcionalidad de la pena impuesta.

2.5. Sobre la base de lo mencionado, se tiene que el Ministerio Público, en su acusación, solicitó la realización de una pericia contable para determinar el monto del perjuicio económico, prueba que fue admitida por el Colegiado Superior.

2.6. Sin embargo, conforme se señala en la sentencia impugnada, se determinó en el juicio oral, a partir de la declaración de los contadores públicos colegiados Quillatupa Machuca y Peña Toribio Nicaso, que suscribieron el informe pericial (fojas 1330 a 1348), que esta no posee un sustento contable válido, pues se limitaron a repetir la declaración del gerente de Desarrollo Urbano, Salud y Medio Ambiente de la Municipalidad agraviada, vertida en su Informe número 15-2007, sin efectuar un análisis pormenorizado de los documentos obrantes en autos (fojas 2485 a 2488), por lo cual dicha pericia no resulta idónea para establecer si hubo o no perjuicio económico y menos para determinar su monto.

2.7. Por lo que, al desestimarse la necesidad de la pericia contable, se configura la vulneración al debido proceso, incurriendo en la causa de nulidad prevista en el inciso 1 del artículo 298 del Código de Procedimientos Penales.

2.8. Como consecuencia de lo mencionado y conforme al artículo 299 del Código de Procedimientos Penales, debe llevarse a cabo un nuevo juzgamiento por otro Colegiado, en el que se ordene la realización de la pericia valorativa, debiéndose actuar con la diligencia debida.

En cuanto a la situación jurídica de los procesados

2.9. Como consecuencia de la condena de los procesados en la sentencia impugnada, se ordenó su ubicación y captura, y, por consiguiente, su internamiento en el penal que corresponda.

2.10. Al declararse la nulidad del juicio oral y ordenarse la realización de un nuevo juzgamiento por otro Colegiado, deben levantarse las órdenes de captura emitidas en contra de los procesados, dado que durante el transcurso del proceso su condición jurídica fue la de reos libres.

Sobre la excepción de prescripción

2.11. El cómputo del plazo de prescripción de la acción penal exige la subsunción del hecho en el tipo penal correspondiente.

2.12. El texto del artículo 384 del Código Penal vigente a la fecha de comisión de los hechos sancionaba este delito con una pena mínima de 3 años de privación de libertad y una máxima de 15.

2.13. En la sucesión de normas posteriores, los topes mínimo y máximo de la pena se han mantenido, esto es entre 3 y 15 años, con la diferencia de que está dividida: la sanción para la colusión simple es no menor de 3 ni mayor de 6 años y la correspondiente a la modalidad agravada es no menor de 6 ni mayor de 15 años.

2.14. Conforme se expresó en los parágrafos precedentes, no se encuentra esclarecido si en el presente caso existió perjuicio patrimonial al Estado, por lo que no puede calcularse el cómputo del plazo de prescripción sobre la base de la sanción establecida en el tipo penal vigente en la actualidad para el delito de colusión simple, como lo solicita el recurrente, ya que ello implicaría efectuar un juicio anticipado sobre la no existencia de defraudación patrimonial, sin que exista la pericia valorativa correspondiente.

2.15. Por lo tanto, atendiendo a que la pena máxima en el tipo penal vigente al momento de comisión de los hechos es no mayor de 15 años, y a que, en aplicación de lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 80 del Código

Penal concordante con el último párrafo del artículo 83 del mismo, el plazo de prescripción extraordinaria de la acción penal es de 22 años con seis meses, el mismo que, tomando en cuenta que los hechos materia del presente proceso datan del periodo comprendido entre los años dos mil cinco al dos mil seis, no se ha vencido, por lo que se debe declarar infundadas las excepciones de prescripción de la acción penal deducidas.

C. PECULADO

123

§123. Delito de Peculado. Definición y acción típica

Acuerdo Plenario	4-2005/CJ-116
Fecha	30 de setiembre de 2005
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	Gonzáles Campos.
Jueces Supremos	Sivina Hurtado, Gonzáles Campos, San Martín Castro, Palacios Villar, Lecaros Cornejo, Balcazar Zelada, Molina Ordóñez, Barrientos Peña, Vega Vega y Príncipe Trujillo
Disposiciones estudiadas	Art. 387º del CP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	6°, 7° y 8°

RESUMEN:

*El delito de peculado **puede concretarse tanto por medio de una acción dolosa como de una acción culposa**, la misma que se traduce en el comportamiento negligente del sujeto activo. Ambas acciones admiten circunstancias agravantes en virtud del fin de los bienes objeto de peculado, como lo son los fines asistenciales o los programas de apoyo social, entre otros.*

*De ahí que se el delito de peculado sea un **delito pluriofensivo**, por lo que con su regulación se busca, por un lado, garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública; y, por otro, evitar el abuso del poder del funcionario o servidor público agente del delito.*

FUNDAMENTOS:

"**6°.** El artículo 387° del Código Penal vigente, establece en ***primer*** lugar la acción dolosa en el delito de peculado, al señalar que: *"El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo..."*. *En* ***segundo*** *lugar*, la acción culposa se traduce en el comportamiento negligente del sujeto activo, describiéndolo como: *"Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos..."*. *Concluyendo en* ***tercer*** *lugar*, que las acciones dolosas y culposas admiten circunstancias agravantes precisamente en la importancia especial de la finalidad pública para lo cual estaban destinados los bienes: *"Si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social..."* (Forma de circunstancia agravante incorporada por Ley N° 26198 del 13 de junio de 1993).

Para la existencia del **delito de peculado** no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. **Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica**, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la administración pública.

Todo ello nos lleva a sostener que tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobla en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico - penal: ***a)*** Garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública; y ***b)*** Evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad.

7°. Es necesario tener en cuenta los comportamientos típicos que la norma en análisis nos señala a efectos de limitar o restringir la relevancia penal de los actos del delito de peculado. La norma, por consiguiente, al describir la acción dolosa utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo: apropiar o utilizar, los mismos que deben contener ciertos elementos para su configuración; estos son, en tal virtud, los elementos materiales del tipo penal:

a. Existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos.

b. La percepción, no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita.

La administración, que implica las funciones activas de manejo y conducción.

La Custodia, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.

c. Apropiación o utilización. En el primer caso estriba en hacer suyo caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: utilizar, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero.

d. El destinatario: para sí. El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. Para otro, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero.

e. Caudales y efectos. Los primeros, son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables.

8°. Respecto a la conducta culposa, es de precisar que dicha figura no está referida a la sustracción por el propio funcionario o servidor público de los caudales o efectos, se hace referencia directamente a la sustracción producida por tercera persona, aprovechándose del estado de descuido imputraslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero."

124

§124. Características especiales del sujeto activo y tipicidad de la conducta.

Casación	160-2014 – SANTA
Fecha	04 de noviembre de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Villa Stein, Rodrígues Tineo, Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodrígues Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores, Loli Bonilla, Hinostroza Pariachi, Príncipe Trujillo.
Disposiciones estudiadas	Art. 387 del CP

RESUMEN:

La Corte Suprema estableció que el hecho de ser Presidente o Gobernador Regional no significa necesariamente que la conducta sea atípica. Así, pues, la acreditación de la presencia o no de elementos del tipo penal, esto debe verse en el desarrollo del proceso, porque constituye un análisis sobre el fondo del asunto de manera que no le corresponde una excepción de improcedencia de acción.

FUNDAMENTOS:

EL VOTO DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS VILLA STEIN, RODRÍGUEZ TINEO Y PARIONA PASTRANA ES COMO SIGUE:

DECIMO: Entonces, al imputársele haber faltado a su deber de garante, es una función genérica, no especifica, por no tener bajo su poder o ámbito de vigilancia -directa o funcional- la percepción, custodia o administración de cosas -caudales o efectos-, de lo contrario, también serían responsables el Ministro del ramo y el Presidente de la República al autorizar la transferencia del Proyecto Especial a la Región.

DECIMO PRIMERO: Lo que es correcto, conforme al principio de legalidad, previsto en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal; porque este elemento restringe la tipicidad de la conducta e imposibilita argumentar por una lectura extensiva, mucho menos por un desbordamiento analógico que rompa los diques de la razonabilidad abriendo las compuertas a la analogía in malam partem.

EL VOTO DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS NEYRA FLORES Y LOLI BONILLA ES COMO SIGUE:

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

DECIMO CUARTO: Entonces, el hecho de ser Presidente o Gobernador Regional no significa necesariamente la atipicidad de la conducta, la acreditación de la presencia o no de los elementos del tipo penal se verá en el desarrollo del proceso, constituyendo un análisis sobre el fondo del asunto, que no corresponde a una excepción de improcedencia de acción.

EL VOTO DEL SEÑOR JUEZ HINOSTROZA PARIACHI ES COMO SIGUE:

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

DECIMO TERCERO: En este sentido, concordando con el voto en minoría, el hecho de ser Presidente o Gobernador Regional no significa necesariamente la atipicidad de la conducta; por cuanto la acreditación de la presencia o no de los elementos del tipo penal se verá en el desarrollo del proceso, constituyendo un análisis sobre el fondo del asunto, que no corresponde a una excepción de improcedencia de acción.

EL VOTO DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO PRÍNCIPE TRUJILLO ES COMO SIGUE:

FUNDAMENTOS:

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Ahora bien, sobre el aspecto doctrinario sobre el cual se desarrolla el tema materia de análisis, el magistrado emitente del presente voto dirimente es de la opinión que los más altos funcionarios o servidores de las instituciones estatales no deben ni pueden ser excluidos automáticamente de investigaciones en su contra por el simple hecho de encontrarse en la más alta esfera de decisión administrativa, pues conllevaría a implementar un marco de impunidad sobre el cual los funcionarios de primera escala jamás pudiesen ser

pasibles de investigación; tanto más si la historia de nuestro país nos enseña que son precisamente estos altos funcionarios quienes bajo el velo de protección que les brinda la distancia de sus cargos, ordenan, dirigen o disponen actos en contra de la administración pública que lesionan los bienes jurídicos del Estado (patrimonio estatal y probidad en la actuación de los funcionarios y servidores públicos).

VIGÉSIMO OCTAVO: Sobre lo antes referido, debemos recalcar que la actual posición doctrinaria avala una visión más amplia en lo que concierne a la determinación de categorías típicas para la identificación de autores y partícipes en delitos de infracción del deber, como lo es el tipo penal de peculado. Así, desde la creación de las teorías explicativas de infracción del deber, a finales del siglo veinte por el profesor Claus Roxin, su evolución a cargo del maestro Günther Jakobs y su actual discusión por los jurisconsultos Silva Sánchez y Sánchez-Vera Gómez-Trelles, se ha podido arribar a una concepción de competencia organizativa, a la que se encuentra sujeto el funcionario o servidor público y que lo coloca en una esfera de deberes positivos (y ya no solo negativos) que debe cumplir, lo que conlleva al juzgador a la obligación de apreciar todas las atribuciones que estos sujetos cualificados tengan, ya no de un modo automático sino que se deberá analizar cada caso en concreto y sobre los distintos elementos particulares que se encuentren vinculados con sus especiales atribuciones institucionales, lo que sin duda, para el presente caso, debe hacerse con una suficiente valoración fáctica y jurídica que garantice una correcta decisión jurisdiccional, que en definitiva escapa a las competencias jurisdiccionales que se debaten en la vía de excepción de improcedencia de la acción; por lo que no debe ampararse la exclusión del procesado ÁLVAREZ AGUILAR, a través del medio de defensa planteado.

VIGÉSIMO NOVENO: Finalmente, respecto al segundo aspecto que motivó la concesión del recurso de casación, esto es, que el Colegiado Superior, al efectuar el análisis en este caso concreto habría resuelto de manera incongruente con los aspectos de la tipificación planteada por el representante del Ministerio Público; se debe precisar que la fundamentación de la apelación del titular de la acción penal, tras la decisión de primera instancia, estuvo orientada a sustentar la vinculación funcional del procesado ÁLVAREZ AGUILAR en mérito a su especial posición de garante (como presidente del Gobierno Regional de Áncash y presidente del Proyecto Especial Chinecas), sobre el patrimonio de la entidad agraviada. Así, la Sala de Apelaciones interpretó que dicha posición de garante deducida se encontraba referida a los delitos de omisión impropia (por ser uno de sus elementos configurativos) y como tal resolvió su rechazo en sus fundamentos resolutivos. La tipificación señalada por el Ministerio Público en su formalización,

refiere a una situación de coautoría y cuando la Sala Superior rechazó la conducta del procesado ÁLVAREZ AGUILAR como coincidente a una acción por omisión impropia, se habría excedido en sus atribuciones al no ser esta una posición o hipótesis formulada por el titular de la acción penal. Sin embargo, el deponente considera que tal situación se debe a un error por interpretación literal de la Sala de Apelaciones, respecto de los argumentos del Fiscal Provincial, pues este hizo referencia a la posición de garantía como término coloquial que afianza el especial deber funcional que tiene el acusado ÁLVAREZ AGUILAR, y no como elemento constitutivo de los delitos de omisión impropia. Al respecto, estimo que con la decisión principal que rechaza la excepción de improcedencia de la acción y su consecuente devolución de actuados para la continuación del proceso, queda también resuelto el error incurrido por la Sala Superior; no obstante, se debe recalcar que, en adelante, el titular de la acción penal deberá de ser más cuidadoso y específico con el planteamiento de sus alegaciones y fundamentaciones, para evitar que los órganos jurisdiccionales deban interpretar estos y subrogarlo indebidamente.

125

§125. Precisiones sobre el delito de Peculado doloso

Casación	160-2014-ANCASH
Fecha	07 de octubre de 2015
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Neyra Flores.
Jueces Supremos	Neyra Flores, Loli Bonilla, Hinostroza, Pariachi, Príncipe Trujillo.
Disposiciones estudiadas	Art. 387° CP

RESUMEN:

El hecho de ser Presidente o Gobernador Regional, no significa necesariamente la atipicidad de la conducta, la acreditación de la presencia o no de los elementos del tipo penal se verá en el desarrollo del proceso, constituyendo un análisis sobre el fondo del asunto, que no corresponde a una excepción de improcedencia de acción.

FUNDAMENTOS:

CONSIDERANDOS:

EL VOTO DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS NEYRA FLORES Y LOLI BONILLA ESCOMO SIGUE:

1 El delito de peculado

PRIMERO. El delito de peculado doloso se encuentra regulado en el primer párrafo del artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal. Requiere para su configuración que el funcionario o servidor público, en su beneficio personal o de un tercero, se apropie o utilice caudales o efectos, cuya percepción,

administración o custodia le han sido confiados en razón del cargo que desempeña al interior de la Administración Publica.

SEGUNDO. Esta norma tiene sustento en la normativa internacional, la convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de once de diciembre de dos mil tres, suscrita por el Perú, exige en su artículo diecisiete que cada Estado Parte adoptara las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la malversación o el peculado, la apropiación indebida u otras formas de desviación por un funcionario público, en beneficio propio o de terceros u otras entidades, de bienes fondos o títulos públicos o privados o cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado al funcionario en virtud de sus cargo. En el mismo sentido la convención interamericana contra la Corrupción, de veintinueve de marzo de mil novecientos noventa y seis en su artículo XI, determina que a los fines de impulsar el desarrollo y la armonización de las legislaciones nacionales y la consecuencia de los objetivos de esta Convención, los Estados estiman conveniente y se obligan a considerar la tipificación en sus legislaciones de las siguientes conductas: (...) b. El uso o aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero, por parte de un funcionario público o una persona que ejerce funciones públicas de cualquier tipo de bienes del Estado o de empezar instituciones en que este tenga parte a los cuales ha tenido acceso en razón o con ocasión de la función desempeñada.

TERCERO. Como lo establece el Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, recogido por la casación número doscientos cuarenta y cuatro-dos mil trece-Arequipa, de once de febrero de dos mil catorce, este tipo penal es uno pluriofensivo, en razón que todo su bien jurídico protegido se desdobla en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico penal: i) Por un lado, garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública. ii) Por otro, evitar el abuso de poder de quien se halla facultado a administrar con lealtad y probidad el dinero del Estado que le es confiado en función a su calidad de funcionario o servidor público.

CUARTO. Es un delito de infracción de deber, por lo que quien, quien vulnera este compromiso con el Estado siempre será autor, independientemente de la importancia de su contribución o dominio del hecho. De la importancia de establecer quién es el autor típico. Que debe ser un funcionario o servidor público y tener los bienes del Estado confiados en razón de su cargo.

2. El elemento de relación funcional en el delito de peculado

QUINTO. Este componente "razón de cargo" o vinculación funcional cumple una doble misión: en primer lugar, sirve para restringir o limitar el circulo de autores, circunscribiéndolo, por razón del cargo, excluyendo de cualquier hipótesis de autoría a los que no gozan de tal relación funcional y; en segundo lugar, esta exigencia constituye un límite que debe ser advertido por jueces y fiscales, de lo contrario se atentaría al principio de legalidad, en el ámbito del mandato de determinación de las normas punitivas.

SEXTO. Este elemento asido reconocido por el Acuerdo Plenario número uno-dos mil diez/CJ-ciento dieciséis, indicando que implica que el autor ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos; elementos del tipo penal materia del proceso que definen públicos; elementos del tipo penal materia del proceso que definen actos mediante los cuales el sujeto activo (funcionario o servidor) entra en posesión licita de los bienes del patrimonio público a partir de donde podrá desarrollar las actividades de la función o servicio que le estén encomendadas, es decir, otorga contenido al cielo elemento del tipo penal.

SÉPTIMO. El agente posee estos bienes por lo dispuesto legalmente así ingresan a su competencia, por ello, el bien jurídico será afectado cuando el funcionario ataca el patrimonio del Estados infringiendo el deber especifico que tiene para con los bienes que le han sido encomendados, no puede haber una violación de "deberes generales del cargo", es decir, fuera de lo señalado fuera de la ley o su competencia, que es la esfera de custodia cuya titularidad corresponde al funcionamiento público, es decir, se trata de un deber que surge de una competencia funcional, si el sujeto activo no es titular de dicha esfera, solos puede haber hurto. Por eso este es un delito de infracción de deber.

OCTAVO. Como señala Abanto Vásquez esta norma tiene como antecedentes el Código Penal argentino de mil novecientos veinticuatro, cuya doctrina señala, respecto a este elemento, que el que el funcionario debe tener el manejo y disposición de los bienes para aplicarlos a los fines que están determinados legalmente, aunque no tenga la posesión material de ellos. En esa línea se ha pronunciado Rojas Vargas, al señalar que la posesión de estos bienes puede ser directa o indirecta, es decir, es decir estar en contacto con los caudales y efectos o darla por asumida, bastando solamente la disposición jurídica o disposición funcional. Para el la relación funcional tiene por contenido:

1) Existencia de competencia por razón del cargo para percibir, administrar o custodiar.

2) Relación de confianza de la administración pública derivada de los roles especiales asumidos especialmente por dicho sujeto en virtud de las atribuciones de su cargo.

3) Poder de vigilancia y cuidado sobre los caudales o efectos.

4) Deber de garantizar la posición (percepción, administración o custodia) a nombre del Estado.

NOVENO. En esa línea, el Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis que la existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos implica un poder de vigilancia y control sobre la casa, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, esto es, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos. No es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga una tenencia material directo. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener por tanto, competencia funcional específica, es decir, estar en la ley.

3. El vínculo funcional del Presidente Regional

DECIMO. Las funciones del Presidente Regional (ahora Gobernador Regional) se encuentran en la ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley número veintisiete mil ochocientos sesenta y siete, de dieciséis de noviembre de dos mil, que señalo en su artículo uno que tiene por objeto establecer y normar la estructura, organización, competencias y funciones de los gobiernos regionales. De acuerdo al artículo once, la Presidencia Regional, es el órgano ejecutivo del Gobierno Regional. El artículo veinte de la citada Ley señala que la Presidencia Regional recae en el Presidente Regional, representante legal y titular del pliego Presupuestal del Gobierno Regional. Asimismo, el artículo setenta y dos señala que el Gobierno Regional norma y administra sobre sus recursos, bienes y activos conforme a ley.

DECIMO PRIMERO. De conformidad con el articulo veintiuno de la citada ley, el Presidente Regional tiene como atribuciones, entre otras: a. Dirigir y supervisar la marcha del Gobierno Regional y de sus órganos ejecutivos,

administrativos y técnicos. b. Proponer y ejecutar el Presupuesto Participativo Regional aprobado por el Consejo Regional. (...) f. Administrar los bienes y las rentas del Gobierno Regional. g. Dirigir, supervisar, coordinar y administrar las actividades y servicios públicos a cargo del Gobierno Regional o través de sus Gerentes Regionales. (...) j. Suscribir convenios y contratos con la cooperación técnica internación, con el apoyo del Consejo Nacional de la Descentralización, y de otras entidades públicas y privadas, en el marco de su competencia. K. Celebrar y suscribir, en representación del Gobierno Regional, contratos, convenios y acuerdos relacionados con la ejecución o concesión de obras, proyectos de inversión, prestación de servicios y demás acciones de desarrollo conforme a la ley de la materia y solo respecto de aquellos bienes, servicios y/o activos cuya titularidad corresponde al Gobierno Regional. (....) n. Presentar la memoria y el informe de los Estados Presupuestario y Financieros del Gobierno Regional al Consejo Regional. (...) p. Presentar al Consejo Regional:

1) El plan de desarrollo Regional Concertado. 2) El plan Anual y el Presupuesto participativo Anual. 3) El programa de Promoción de Inversión y Exportaciones Regionales. 4) El programa de Competitividad Regional. 5) El Programa Regional de Desarrollo Capacidades Humanas. 6) El Programa de Desarrollo Institucional. (...) r. Proponer y celebrar los contratos de la operaciones de crédito y externo aprobadas por el Consejo Regional.

DECIMO SEGUNDO. Sobre esa base se advierte que el Presidente Regional tiene deberes con el patrimonio del Estado, en especial administrar los bienes del Gobierno Regional. Este es un elemento del Tipo penal que presupone funcione activas de manejo conducción (gobierno). La administración de los caudales o efectos por parte del sujeto público tiene implícito la vinculación funcional comprendidas tanto relaciones directas con el caudal, efectos o relaciones mediatas, por las que sin necesidad de entrar en contacto con los bienes puede el funcionario o público disponer de ellos en razón a ser el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego.

DECIMO TERCERO. En ese sentido, no se puede excluir al Presidente Regional de una Investigación argumentando que tiene una relación funcional genérica con los bienes Del Estado, pues la ley le ha dado un deber específico: administrar los bienes de la Región, por lo que, en principio, tienen administración de los recursos de la entidad.

DECIMO CUARTO. Entonces, el hecho de ser Presidente o Gobernador Regional, no significa necesariamente la atipicidad de la conducta, la acreditación de la presencia o no de los elementos del tipo penal se verá en el desarrollo del

proceso, constituyendo un análisis sobre el fondo del asunto, que no corresponde a una excepción de improcedencia de acción.

EL VOTO DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO HINOSTROZA PARIACHI ES COMO SIGUE:

FUNDAMENTOS:

PRIMERO. Conforme a la Ejecutoria Suprema del diecisiete de noviembre de dos mil catorce -calificación de casación-, el motivo de casación admitido está referido al desarrollo de la doctrina jurisprudencial respecto:

a. La llamada "disponibilidad jurídica" o "existencia de una relación funcional de los funcionarios públicos que representan a una institución", pues de acuerdo con el criterio asumido por el órgano judicial de primera instancia, al encausado Álvarez Aguilar, en su condición de Presidente Regional y Presidente del Consejo Directivo del Proyecto Chinecas, solo le correspondería una relación funcional "genérica" sobre los recursos económicos de la entidad a su cargo, más bien son los órganos de dirección interna y externa quienes habrían realizado el proceso de elaboración de bases y demás, que generó la sobrevaluación del estudio de pre-inversión del perfil del royecto de adecuación y la ejecución de. dicho proyecto, y que, por anto, estos son los que únicamente tendrían responsabilidad en la administración del Proyecto Especial.

b. Asimismo, el Colegiado Superior al efectuar el análisis habría resuelto de manera incongruente con los aspectos de la tipificación planteada por el representante del Ministerio Público, pues en la formalización de la investigación se consideró a Álvarez Aguilar coautor el delito de peculado por apropiación, sin embargo, en la resolución de vista se consigna lo siguiente: *"(...) el argumento del Ministerio Público (...), en síntesis, viene a ser que el investigado César Joaquín Álvarez Aguilar en su condición de Presidente Regional y Presidente del Consejo Directivo del Proyecto Especial Chinecas, tenía el deber de garante a fin de custodiar los caudales de dicha entidad, por lo que, su conducta sería la de haber perpetrado el delito de peculado por omisión impropia, previsto en el artículo trece del Código Penal concordante con el artículo trescientos ochenta y siete del Mismo cuerpo de Leyes(...)".*

De ello se advierte que el Colegiado Superior estaría introduciendo en la tipificación del Ministerio Público una situación no postulada por éste.

SEGUNDO. El segundo Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de la Corte Superior del Santa al declarar fundada la excepción de improcedencia de acción, señala como fundamentos que:

i) Uno de los elementos normativos del delito de peculado es la cualidad específica que debe reunir el sujeto activo del delito, orientado a violar sus deberes de función o cargo -especifico o no generales- y únicamente puede darse cuando la entrega de los bienes queda comprendida en la competencia propia de aquel.

ii) El sujeto activo es el único que puede violar un deber especifico del cargo y únicamente puede darse cuando la entrega de los bienes quede comprendida en la competencia propia de aquel.

iii) Sobre esa base, el deber de cuidado imputado al procesado en su calidad de Presidente Regional y Presidente del consejo Directivo del Proyecto Chinecas, constituye una función genérica, en función del bien jurídico tutelado (funcionamiento de la administración pública), en tanto y en cuanto son los estamentos u órganos de dirección interna o externa quienes han realizado el proceso de elaboración de bases y selección de la empresa ganadora del estudio de pre-inversión, a nivel de perfil del proyecto de adecuación del proyecto original, al esquema reestructurado; en el caso concreto este proceso estuvo a cargo de la OEA.

iv) La responsabilidad en la administración de este proyecto especial está a cargo del Director Ejecutivo -función específica-, por tanto el deber de cuidado recae sobre éste, por haber estado dentro de su competencia la administración, custodia o vigilancia de los caudales del proyecto especial.

v) Si bien se le imputa haber faltado a su deber de garante, esta es una función genérica, no específica, por no tener bajo su poder o ámbito de vigilando -directa o funcional- la percepción, custodia o administración de cosas -caudales o efectos-; señala que si se sigue esta interpretación también serían responsables el Ministro del ramo y el Presidente de la República al autorizar la transferencia del proyecto especial a la Región.

vi) Es condición *sine qua non* que el bien público esté en posesión del agente en virtud de los deberes o atribuciones del cargo. Estas atribuciones o competencias aparecen determinadas o establecidas en forma previa por la ley o normas jurídicas de menor jerarquía como reglamentos o directivas de la institución pública.

vii) La celebración del contrato lo hizo el Gerente General Hugo Hoyos Rubio, lo que hace inviable el título de imputación contra el procesado, pues opera el principio de confianza.

TERCERO: La Sala Penal de Apelaciones al confirmar la resolución del juzgado, sostiene entre sus fundamentos que:

i) De las atribuciones y funciones del Presidente Regional y del Presidente del Consejo Directivo)el Proyecto Especial CHINECAS, se verifica que las atribuciones de fiscalización y supervisión están referidas al normal funcionamiento del Proyecto Especial, únicamente desde una perspectiva administrativa; a fin de poder delimitar su obligación de supervisión de la entidad cuyo consejo directivo preside. Por lo que, no existe norma que otorgue el rol de garante de los intereses patrimoniales de la administración pública.

ii) Se argumenta que el investigado como Presidente Regional y Presidente del Consejo Directivo del Proyecto Chinecas tenía el deber de garante de custodiar los caudales de dicha entidad, por lo que su conducta es la de peculado por omisión impropia, pero los parámetros normativos del artículo trece del Código Penal deben cumplirse de manera rigurosa para imputar la comisión del ilícito a título de omisión impropia, lo que no se da en el caso.

CUARTO: Que, apreciando ambas resoluciones, el señor juez supremo que suscribe observa, que tanto el Juzgado de Investigación preparatoria como la Sala Penal de Apelaciones, no se han limitado a realizar el juicio de tipicidad de la conducta imputada por el Ministerio Público al investigado Álvarez Aguilar. En efecto, dichas resoluciones en la práctica se han pronunciado sobre el fondo de la imputación, a pesar de que la investigación preparatoria no ha culminado.

QUINTO. A criterio del señor Juez supremo dirimente, una excepción de improcedencia de acción procede cuando el hecho imputado por el Ministerio Público, no se adecúa al tipo penal materia de incriminación; ya sea porque no se

identifica con todos los elementos descriptivos y normativos del tipo penal o con parte de ellos.

SEXTO. Asimismo, con la excepción de improcedencia de acción se pretende demostrar al órgano jurisdiccional que el representante del Ministerio Público ha formalizado investigación preparatoria por un echo atípico; es decir, por un hecho que no está descrito en ningún tipo penal del Código Penal o leyes penales especiales (atipicidad absoluta); o que los hechos imputados no se adecúan o no calzan con los elementos descriptivos o normativos del tipo penal correspondiente (atipicidad relativa).

SEPTIMO. En el caso de autos, el Ministerio Público formalizó investigación preparatoria contra el imputado Álvarez Aguilar, imputándole el delito de Peculado previsto y penado en el artículo 387°, primer párrafo, del Código Penal, cuyo texto señala: *" El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad..."*

OCTAVO. Del texto de la disposición fiscal de formalización de investigación preparatoria, se aprecia que los hechos imputados se adecúan a los elementos descriptivos y normativos del tipo penal antes 'mencionado; es decir, los hechos son típicos y no atípicos conforme lo señalan los órganos jurisdiccionales de primera y segunda instancia.

NOVENO. Cabe mencionar que en' una excepción de improcedencia de acción solo se realiza un juicio de tipicidad, cotejando los hechos imputados con la descripción típica del tipo penal; pero nunca se puede realizar una calificación o valoración sobre la existencia o prueba de alguno de los elementos descriptivos o normativos del tipo penal, por cuanto para ello precisamente existe la investigación preparatoria.

DECIMO. No obstante ello, tanto el Juzgado de investigación Preparatoria como la Sala Penal de Apelaciones, al declarar fundada la excepción de improcedencia de acción, han valorado hechos y pruebas para concluir que el imputado no puede ser sujeto activo del delito de Peculado, a pesar de que es funcionario público (Presidente el Gobierno Regional de Áncash y Presidente del Consejo Directivo del proyecto Chinecas), bajo el argumento de que no tenía relación funcional con los bienes del Gobierno Regional de Ancash; por lo que se ha desnaturalizado la esencia de un medio de defensa contra la acción penal, como es la excepción de improcedencia de acción.

DECIMO PRIMERO. Se corrobora lo afirmado anteriormente cuando se aprecia de las dos sentencias de instancia que los jueces señalan que el imputado no tenía a su cargo los caudales del Gobierno Regional y que no ha infringido ningún deber, como tampoco ha incurrido en la figura de la omisión impropia, es decir, no tenía la obligación de evitar el resultado porque no tenía la posición de garante (artículo 13° del Código Penal); sin embargo, estos elementos deben ser materia de valoración en la etapa procesal correspondiente, ya sea en un requerimiento de sobreseimiento, una acusación fiscal, sobreseimiento o finalmente en la sentencia que ponga fin a la instancia.

DECIMO SEGUNDO. Siendo ello así, el señor juez supremo que suscribe considera que se debe continuar con la investigación fiscal a fin de reunir todos los elementos de prueba sobre la presunta comisión del delito de peculado y en su oportunidad se calificará si en efecto se ha probado o no dicho delito; sin embargo, no resulta prudente archivar definitivamente la investigación, cuando no se ha agotado la misma, existiendo dentro del proceso otros controles para velar por el principio de legalidad, que tiene íntima vinculación con la excepción de improcedencia de acción ya mencionada.

DECIMO TERCERO. En este sentido, concordando con el voto en minoría, el hecho de ser Presidente o Gobernador Regional no significa necesariamente la atipicidad de la conducta; por cuanto la acreditación de la presencia o no de los elementos del tipo penal se verá en el desarrollo del proceso, constituyendo un análisis sobre el fondo del asunto, que no corresponde a una excepción de improcedencia de acción.

EL VOTO DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO PRÍNCIPE TRUJILLO ES COMO SIGUE:

DECIMO NOVENO. Conforme con el literal b), del numeral uno, del artículo seis, del Código Procesal Penal, se tiene que la excepción de improcedencia de acción procede cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente. Por ello, este medio de defensa técnico comprende dos supuestos; el primero relacionado con todos aquellos casos de atipicidad penal absoluta o relativa del hecho objeto de imputación, o de la concurrencia de una causa de justificación; y un segundo supuesto que hace referencia a la ausencia de una condición objetiva de punibilidad o a la presencia de una causal personal de exclusión de pena o excusa absolutoria.

VIGÉSIMO. Así, respecto a que el hecho denunciado no constituye delito, se comprende dos extremos: i) Que la conducta no esté prevista como delito en el

ordenamiento vigente (atipicidad absoluta). ii) El hecho descrito no se adecúe a la hipótesis típica de la disposición penal preexistente invocada en la investigación, pues la conducta adolece de algún elemento allí exigido (atipicidad relativa por falta de adecuación indirecta). Por ello, el examen que deberá efectuar el juzgado frente a la formulación de este medio de defensa será siempre y exclusivamente un juicio jurídico de tipicidad, esto es, de compatibilidad entre un hecho planteado y el supuesto normativo de prohibición del contenido en la ley penal.

VIGÉSIMO PRIMERO. Luego de haber establecido los criterios básicos sobre los que se encuentra delimitada la excepción de improcedencia de la acción, se tiene que el Juzgado de Investigación Preparatoria solo debió tomar el marco de imputación planteado por el titular de la acción penal y contrastarla con el tipo penal denunciado en autos; es decir, con el de peculado. De ello se tiene que la imputación contra el procesado ÁLVAREZ AGUILAR gira en torno a la apropiación de caudales del Estado, en su condición de funcionario de máxima jerarquía del Gobierno Regional de Áncash y como presidente del Proyecto Especial Chinecas, en su participación en dicho proyecto; por lo que el juicio de tipicidad se realizó exclusivamente sobre el elemento típico objetivo del sujeto activo de la acción delictiva.

VIGÉSIMO SEGUNDO. No obstante, dicho juicio de tipicidad no resulta, para el caso de autos, de automática ecuación, pues a diferencia de los delitos comunes que tienen conductas desarrolladas por cualquier sujeto activo (homicidio, robo, violación, etc.), en el delito investigado, el sujeto activo debe tener una calidad especial (sujeto cualificado) que lo diferencie del resto de personas, lo que se traduce en ser funcionario o servidor público; adicionalmente, el tipo penal también precisa como un elemento determinante que debe reunir el sujeto activo, que este actúe respecto de los bienes protegidos "por razón de su cargo". Esto quiere decir que no cualquier funcionario o servidor público puede ser imputado por el delito de peculado, pues se debe requerir una especial atribución respecto de los bienes que se habría apropiado (*vinculación especial).*

VIGÉSIMO TERCERO. Así, la cuestión fundamental al momento de imputar a un funcionario o servidor público la comisión del delito de peculado es demostrar si este cuenta o no con atribuciones específicas respecto a los bienes que se le atribuyen apropiados. Esto puede ocasionar dos situaciones: **a)** Cuando la verificación de tales atribuciones específicas resulten obvias o evidentes al juzgador (del contenido de la imputación hecha en su contra) y no dependa de un mayor análisis en su interpretación. **b)** Cuando la verificación de las atribuciones especiales no puede ser corroborada con la sola subsunción típica y requiere de

un análisis preliminar sobre la base de elementos de prueba. Y resulta la última de éstas situaciones la que se ha producido en el presente caso.

VIGÉSIMO CUARTO. Al respecto, se debe recordar lo señalado por el profesor y magistrado César San Martín Castro, quien a pesar de afirmar que "[...] resulta viable la procedencia de la excepción de naturaleza[51] de acción en los supuestos ,delitos de sujetos determinados, en que el sujeto activo del delito solo puede ser una determinada categoría de personas", también precisó cuidadosamente que "[...] solo procede esta excepción cuando la inexistencia del delito -y los demás supuestos ya abordados- surge con toda evidencia de los términos de la imputación [...]. La Corte Suprema ha establecido que la atipicidad [...] y la no punibilidad deben surgir con toda evidencia: a) de los términos de la denuncia; b) de lo actuado; o c) cuando de los hechos denunciados aparece que no hay nada que pueda ventilarse en la vía penal"; más aún si se considera que [...] si se ampara la excepción de naturaleza de acción [...] la resolución correspondiente genera los efectos de cosa juzgada material. El juez ha decidido sobre el fondo del asunto y ya no será posible subsanar defecto alguno y proseguir o intentar un nuevo proceso penal" .[52]

VIGÉSIMO QUINTO. Así, la defensa del procesado ÁLVAREZ AGUILAR refiere que no cuenta con facultades especiales para ser responsable del patrimonio del Gobierno Regional de Áncash por la obra del Proyecto Especial Chinecas; por lo que resultaría de automática aplicación su exclusión como sujeto activo de la acción típica, Sin embargo, como se precisó en la formalización de la investigación preparatoria, el procesado no solo tenía la calidad de presidente del Gobierno Regional de Áncash sino, además, la de presidente del Proyecto Especial Chinecas[53]; es decir, desde una perspectiva preliminar, sí presentaría vinculaciones

---

[51] Cabe precisar que el Código de Procedimientos Penales se refería a la presente excepción como de naturaleza de acción, mientras que el Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N.° 957), lo consignaba como de improcedencia de acción.

[52] César San Martín Castro. *Derecho Procesal Penal.* Tercera edición. Lima: Grijley, 2014, PP. 345-346 y 361-362,

[53] Cuyas atribuciones se encuentran establecidas en el articulo siete, del ecreto Supremo N.° 051-2007, del dieciocho de junio de dos mil siete, dentro de las cuales se resaltan:

a) Representar al Proyecto Especial Chinecas ante las autoridades políticas y entidades públicas y privadas de carácter nacional e internacional, siendo responsable de su gestión.

b) Velar por el cumplimiento de los acuerdos del Consejo Directivo, de las Directivas del Gobierno Regional y aplicación de las políticas de desarrollo regional en lO que le corresponde.

e) Supervisar la Gestión de la Gerencia General del Proyecto Especial.

d) Disponer, con acuerdo del Consejo Directivo, investigaciones, auditorías e inspecciones.

e) Informar periódicamente al presidente regional sobre la gestión del Consejo Ejecutivo y

específicas con la obra sobre la cual se le imputa apropiación patrimonial; y resultará el objeto de su defensa material establecer que tales vinculaciones no alcanzan a su esfera de decisión o, conforme con lo referido, que actuó bajo el principio de confianza, mientras que el titular de la acción penal sustentará lo contrario.

VIGÉSIMO SEXTO. De ello se desprende que la verificación real del alcance de las funciones genéricas y específicas que tenía el procesado ÁLVAREZ AGUILAR deben ser analizadas al interior del proceso que transite (oportunamente) por todas las etapas que comprenden al proceso común, conforme con el Nuevo Código Procesal Penal, en el que se cuente con un caudal probatorio y debate suficiente que permita a todas las partes procesales ejercer sus derechos garantizados por Ley, tales como el debido proceso, legalidad y tutela jurisdiccional efectiva, lo cual no resulta de amparo para la vía excepcional en la que actuó el procesado, como lo es la excepción de improcedencia de la acción.

VIGÉSIMO SÉPTIMO. Ahora bien, sobre el aspecto doctrinario sobre el cual se desarrolla el tema materia de análisis, el magistrado emitente del presente voto dirimente es de la opinión que los más altos funcionarios o servidores de las instituciones estatales no deben ni pueden ser excluidos automáticamente de investigaciones en su contra por el simple hecho de encontrarse en la más alta esfera de decisión administrativa, pues conllevaría a implementar un marco de impunidad sobre el cual los funcionarios de primera escala jamás pudiesen ser pasibles de investigación; tanto más si la historia de nuestro país nos enseña que son precisamente estos altos funcionarios quienes bajo el velo de protección que les brinda la distancia de sus cargos, ordenan, dirigen o disponen actos en contra de la administración pública que lesionan los bienes jurídicos del Estado (patrimonio estatal y probidad en la actuación de los funcionarios y servidores públicos).

VIGÉSIMO OCTAVO. Sobre lo antes referido, debemos recalcar que la actual posición doctrinaria avala una visión más amplia en lo que concierne a la determinación de categorías típicas para la identificación de autores y partícipes en delitos de infracción del deber, como lo es el tipo penal de peculado. Así, desde la creación de las teorías explicativas de infracción del deber, a finales del siglo veinte por el profesor Claus Roxin[54], su evolución a cargo del maestro Günther Jakobs[55] y

---

del Funcionamiento del Proyecto Especial,

[54] Claus Roxin. *Autaría y dominio del hecho en Derecho Penal.* Barcelona: Marcial Pons y Ediciones Jurídicas y Sociales, 1998.

[55] Guther Jakobs. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación.* Madrid: Marcial Pons, 1995,

su actual discusión por los jurisconsultos Silva Sánchez[56] y Sánchez-Vera Gómez-Trelles[57], se ha podido arribar a una concepción de competencia organizativa, a la que se encuentra sujeto el funcionario o servidor público y que lo coloca en una esfera de deberes positivos (y ya no solo negativos) que debe cumplir, lo que conlleva al juzgador a la obligación de apreciar todas las atribuciones que estos sujetos cualificados tengan, ya no de un modo automático sino que se deberá analizar cada caso en concreto y sobre los distintos elementos particulares que se encuentren vinculados con sus especiales atribuciones institucionales, lo que sin duda, para el presente caso, debe hacerse con una suficiente valoración fáctica y jurídica que garantice una correcta decisión jurisdiccional, que en definitiva escapa a las competencias jurisdiccionales que se debaten en la vía de excepción de improcedencia de la acción; por lo que no debe ampararse la exclusión del procesado ALVAREZ AGUILAR, a través del medio de defensa planteado.

VIGÉSIMO NOVENO. Finalmente, respecto al segundo aspecto que motivó la concesión del recurso de casación, esto es, que el Colegiado Superior, al efectuar el análisis en este caso concreto habría resuelto de manera incongruente con los aspectos de la tipificación planteada por el representante del Ministerio Público; se debe precisar que la fundamentación de la apelación del titular de la acción penal, tras la decisión de primera instancia, estuvo orientada a sustentar la vinculación funcional del procesado ALVAREZ AGUILAR en mérito a su especial posición de garante (como presidente del Gobierno Regional de Áncash y presidente del Proyecto Especial Chinecas), sobre el patrimonio de la entidad agraviada. Así, la Sala de Apelaciones interpretó que dicha posición de garante deducida se encontraba referida a los delitos de omisión impropia (por ser uno de sus elementos configurativos) y como tal resolvió su rechazo en sus fundamentos resolutivos. La tipificación señalada por el Ministerio Público en su formalización, refiere a una situación de coautoría y cuando la Sala Superior rechazó la conducta del procesado ÁLVAREZ AGUILAR como coincidente a una acción por omisión impropia, se habría excedido en sus atribuciones al no ser esta una posición o hipótesis formulada por el titular de la acción penal. Sin embargo, el deponente considera que tal situación se debe a un error por interpretación literal de la Sala de Apelaciones, respecto de los argumentos del Fiscal Provincial, pues este hizo referencia a la posición de garantía como término coloquial que afianza el especial

---

[56] Jesús Maria Silva Sánchez. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo.* Barcelona: Editorial Bosch, 1992.

[57] Javier Sánchez-Vera Gómez-Trenes, *Delito de infracción de deber y participación delictiva.* Madrid: Marcial Pons, 2002.

deber funcional que tiene el acusado ÁLVAREZ AGUILAR, y no como elemento constitutivo de los delitos de omisión impropia. Al respecto, estimo que con la decisión principal que rechaza la excepción de improcedencia de la acción y su consecuente devolución de actuados para la continuación del proceso, queda también resuelto el error incurrido por la Sala Superior; no obstante, se debe recalcar que, en adelante, el titular de la acción penal deberá de ser más cuidadoso y específico con el planteamiento de sus alegaciones y fundamentaciones, para evitar que los órganos jurisdiccionales deban interpretar estos y subrogarlo indebidamente.

126

§126. El sujeto activo en el delito de peculado

Recurso de Nulidad	615-2015- LIMA
Fecha	16 de agosto de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo.
Disposiciones estudiadas	Arts. 34 y 53 del CP.

RESUMEN:

El tipo penal de peculado hace referencia o un funcionario público no in abstracto, sino contextualizado a un segmento concreto de la función pública «por razón de su cargo»; es decir, para que opere el comportamiento típico de apropiarse o utilizar los bienes públicos objeto del delito deben encontrarse en posesión [inmediata o mediata] del sujeto activo y ello en virtud a los deberes o atribuciones del cargo que ostenta al interior de la administración estatal. Debe tener, por tanto, competencia funcional específica. Por lo que, si dicha relación funcionarial de estricta base jurídica entre el sujeto activo y bien público que posee no existe, no se configura el delito de peculado.

FUNDAMENTOS:

[...] En ese sentido, teniendo en cuenta que la base incriminatoria está determinada por el aporte realizado por el representante del Ministerio Público, se advierte que el material probatorio actuado no resulta suficiente para generar convicción sobre la responsabilidad penal del encausado Fujimori Fujimori, por el delito de Peculado, máxime si se tiene que no obra en autos instrumental pertinente que se constituya como suficiente prueba de cargo y permita generar

convicción respecto de su responsabilidad penal, ***ya que no se acreditó la vinculación funcional "por razón de su cargo" del encausado Fujimori Fujimori para la administración o custodia de los fondos públicos asignados al SIN -fondos de régimen especial-, más aún no se evidenció la disposición u orden de pago de los titulares de los denominados "Diarios Chicha" con fondos públicos del régimen de ejecución especial del SIN, por parte del encausado Fujimori Fujimori***; por ende, corresponde la aplicación del principio indubio pro reo, consagrado en el inciso once del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, ello en virtud a la duda razonable generada por las razones ya expuestas; que denota que las actuaciones desarrolladas a lo largo del proceso penal no han podido enervar la presunción de inocencia que existe a favor de todo procesado, en este caso del encausado Fujimori Fujimori, no apreciándose elementos probatorios idóneos que demuestren su responsabilidad penal en el citado delito; más aún si sólo cabe condenar a una persona cuando se ha llegado a la convicción sobre su responsabilidad en la comisión del hecho imputado conforme se acota al expresar que: " A veces acontece que, pese al máximo esfuerzo desplegado durante la actividad probatoria, en el juicio oral, este termina sin que resulte probada fehacientemente la culpabilidad y responsabilidad del acusado, pero tampoco la inculpabilidad o irresponsabilidad del mismo. Lo único que se logra es constatar que existen razones antagónicas equilibradas en pro y en contra de él; de modo que, es imposible poder afirmar o negar categóricamente la culpabilidad y responsabilidad del acusado (...).

A esta duda definitiva que resulta de la contraposición equilibrada y antagónica de razones se llama también: duda positiva, (...) la duda positiva o duda reflexiva que es el fundamento del indubio pro reo." [MIXÁN MÁSS, FLORENCIO – Derecho Procesal Penal y Juicio Oral, Sexta Edición, dos mil tres. Página doscientos cincuenta y cinco]. Por tanto, procede decretarse la obsolución a favor del citado procesado de conformidad con el artículo 301 del Código de Procedimientos Penales [...].

127

§127. Configuración del delito de Peculado doloso

Recurso de Nulidad	546-2012-LIMA
Fecha	06 de mayo de 2013
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Salas Arenas, Tello Gilardi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 387° del CP

RESUMEN:

El delito, de peculado es un delito de infracción de deber con elementos de dominio porque para cometerlo no basta ostentar la condición de administrador de caudales efectos, sino que se requiere un acto de apropiación, un acto de desplazar un bien de la esfera de custodia patrimonial del Estado e incorporarlo a la esfera patrimonial privada. Estos delitos admiten la complicidad sin ruptura del título de imputación. La intervención del cómplice debe producirse con anterioridad o con motivo de la ejecución o incumplimiento del deber de custodia leal del funcionario o servidor público.

FUNDAMENTOS:

§ 6. *Del delito de peculado doloso y de la imputación objetiva y subjetiva.*

VIGÉSIMO QUINTO. Que no está en discusión el desvío de fondos del tesoro público para fines privados. El acto de apropiación del dinero estatal es clarísimo y su destino para cubrir los gastos de la campaña de reelección del presidente candidato Fujimori Fujimori para el período dos mil a dos mil cinco también lo es. En el presente caso, por lo menos, se cuenta con un condenado a título de autor: Vladimiro Montesinos Torres, como consta, por lo menos de dos sentencias [véase fundamento jurídico Vigésimo].

El punto controvertido versa en el momento de la intervención de Raffo Arce y si éste puede tener la calidad de cómplice en primer grado del mencionado delito.

VIGÉSIMO SEXTO. Que el delito de peculado es uno de infracción de deber. El funcionario o servidor público quebranta deberes positivos que debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos. Quebranta una institución positiva estatal: la Administración Pública. En el delito de peculado se tutela el patrimonio público en la medida en que está al servicio de unos intereses generales, y en el marco del correcto funcionamiento de la Administración Pública en el manejo de tales fondos.

El funcionario o servidor público ha de tener los caudales o efectos a su cargo por razón de sus funciones. Es determinante la detentación material como la jurídica, siempre que sea por razón de sus funciones —función y competencia específicas: los fondos ha de tenerlos bajo su custodia o a su disposición para gestionados—. El peculado por apropiación consiste en la disposición definitiva de los caudales o efectos, en este caso, del dinero público, separándolos de su destino.

El delito de peculado doloso importa, por el agente oficial, el ánimo de apropiación definitiva de los caudales o efectos confiados por razón de su cargo.

La imputación subjetiva, por tanto, tiene como referente ese rol de gestión debida, en este caso, del dinero público, por el funcionario o servidor público competente, a quien, como tal, por los deberes que entraña el ejercicio de su cargo, se le atribuye el conocimiento de esos deberes. Aquí la apropiación definitiva del dinero público se produjo y con obvio conocimiento por el o los funcionarios competentes de la infracción de sus deberes de debida gestión, en cuya virtud se separó el dinero público definitivamente de su destino para caer en manos privadas y financiar, contra toda legalidad, la campaña electoral del presidente candidato.

VIGÉSIMO SÉPTIMO. Que la singularidad de este caso es la intermediación del SIN que, por disposición presidencial, era el encargado de recibir y gestionar los fondos que le remitían los Ministerios de Defensa e Interior. El comisionado de administrarlos era el Jefe real del SIN Vladimiro Montesinos Torres, para lo cual se habilitó la Partida Presupuestal "Reserva I" en el SIN. Es de esa partida, donde se consignaban los fondos recibidos por otras instituciones públicas, que salió el dinero que sirvió para financiar la campaña de reelección presidencial dos mil a dos mil cinco y, en lo específico, para pagar las actividades conexas de Raffo Arce.

No cabe duda de la validez material del acto de transferencia de fondos o de dinero público y de, la delegación consiguiente de competencias. Quien delegó tenía a su cargo la. administración de los recursos públicos y cumplió las órdenes del presidente de la República, con conocimiento y obvia coordinación con los Ministros del Sector y máximas autoridades de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional —autoridad delegante— [es ilustrativa, al respecto, la pericia ya citada de fojas cinco mil novecientos noventa y ocho]. El SIN, corno consecuencia de ese acto administrativo, más allá de su invalidez formal, pasó a gestionar esos recursos —autoridad delegada—, cuyo jefe o encargado en última instancia —Montesinos Torres—, a sabiendas, los separó definitivamente del ámbito público para trasladarlo ilegalmente a manos privadas.

VIGÉSIMO OCTAVO. Que, a los efectos de la participación de *extraneus* en el delito de peculado y del juicio de imputación, es de rigor puntualizar:

1. El delito, de peculado es un delito de infracción de deber con elementos de dominio porque para cometerlo no basta ostentar la condición de administrador de caudales efectos, sino que se requiere un acto de apropiación, un acto de desplazar un bien de la esfera de custodia patrimonial del Estado e incorporarlo a la esfera patrimonial privada [JOSÉ LEANDRO PESCHIERA: *Autoría y participación: responsabilidad del extraneus en delito especiales propios.* En: La lucha contra la corrupción en el Perú, AA.VV, Grijley, Lima, dos mil doce, página trescientos treinta y ocho].
2. Estos delitos admiten la complicidad sin ruptura del título de imputación. La intervención del cómplice debe producirse con anterioridad o con motivo de la ejecución o incumplimiento del deber de custodia leal del funcionario o servidor público. Este es el caso de Raffo Arce.
3. El dinero fue entregado por funcionarios o servidores del SIN y en la sede de esa institución pública. Quien lo recibió obviamente sabía su procedencia pública y estaba al tanto de la ilegalidad de la entrega y futura aplicación privada. No existen elementos que nieguen la imputación objetiva ni errores de tal nivel que nieguen la imputación subjetiva, que se sabía que era dinero público destinado ilegalmente a financiar actividades de proselitismo electoral.
4. La complicidad atribuida es primaria o necesaria. La contribución del acusado Raffo Arce se dio en un contexto delictivo. El acto de complicidad se dio durante la ejecución del delito: acto de apropiación que implicaba alejarlo del ámbito de custodia pública para transferirlo al ámbito privado

del cómplice y, de ese modo, disponerlo atentando contra la finalidad estatal de su gestión. Su aporte o contribución como *extraneus* fue esencial, pues Raffo Arce fue el escogido por el Jefe de Estado para recibir el dinero con una finalidad concreta, para lo cual tenía funciones asignadas en la trama criminal de reelección presidencial, de ahí que corresponda calificar su intervención de insustituible y, por tanto, de complicidad primaria o cooperación necesaria.

§ 7. *De la determinación de la pena.*

VIGÉSIMO NOVENO. Que el tipo legal de peculado doloso simple está conminado con dos penas principales: a) privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años; b) inhabilitación de uno a tres años.

A partir de esa pena —marco abstracta debe procederse a determinar si se presentan circunstancias atenuantes genéricas —excepcionales por su propia naturaleza— que permitan imponer una pena por debajo del mínimo legal —eximentes incompletas, tentativa, imputabilidad restringida, error, confesión sincera, complicidad secundaria— o circunstancias agravantes genéricas que alteren el marco penal abstracto —prevalimiento, reincidencia o habitualidad—. En el presente caso no es aplicable ninguna de ellas. Tampoco se está ante un supuesto de concurso de delitos.

En tal virtud, el marco penal abstracto no se modifica en el presente caso.

TRIGÉSIMO. Que sobre esa base penal —primer párrafo del fundamento jurídico precedente— corresponde individualizar judicialmente la pena al imputado Raffo Arce, tomando en cuenta la gravedad del hecho cometido, para lo cual habría de valorarse, en clave de proporcionalidad, muy en especial *(1)* la entidad de la conducta o magnitud o grado de injusto —naturaleza de la acción medios empleados, extensión del daño—, en la que es de rigor incorporar el mayor o menor grado de eficacia del auxilio o asistencia del cómplice; *(ii)* la intensidad de los deberes infringidos —la intensidad del dolo (también comprende la imprudencia., ajena al presente caso), con inclusión de los móviles y fines delictivos— y la culpabilidad individual del imputado —sus características individuales como la edad, educación, situación económica y medio social, así como sus condiciones personales—. Tales referentes fluyen de lo dispuesto en los artículos 45° y 46° del Código Penal. A partir de estas premisas normativas, se tiene que el imputado Raffo Arce contribuyó decisivamente a la apropiación de seiscientos setenta mil dólares americanos, y en un ámbito de ilicitud manifiesta, amén de alterar conscientemente las reglas de equidad en un proceso electoral

democrático con la desviación para esos fines de dinero del Estado, que fue apartado de sus objetivos presupuestalmente configurados. Los móviles y fines delictivos fueron especialmente reprochables visto el marco de realización de su conducta, y además vulneró la ética de su profesión de publicista al comprometerse y prestar colaboración para fines patentemente ilegales en desmedro del orden democrático.

TRIGÉSIMO PRIMERO. Que desde esta perspectiva la pena de tres años de privación de libertad no resulta proporcional al contenido del injusto y de culpabilidad por, el hecho. Debe aumentarse a cuatro años.

Para estos efectos se tiene en cuenta, como límite necesario, que Raffo Arce como no es titular de los deberes especiales infringidos —sólo residenciado en el funcionario o servidor público, en el cielito de peculado— merece una aminoración de la pena, siempre dentro del marco penal y sin transgredir el mínimo legal.

Como se trata de un agente primario y no se advierten referencias o factores, desde la prevención especial, que permitan concluir que la no impedirá cometer nuevo delito, corresponde insistir en la institución de una pena privativa de libertad suspendida condicionalmente con las reglas de conducta respectivas, e inhabilitación por el plazo de tres años; con lo demás que al respecto contiene.

128

§128. Estructura típica del delito de peculado culposo

Recurso de nulidad	4500-2005-JUNÍN
Fecha	06 de setiembre de 2007
Procedencia	Junín. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Santos Peña, Rojas Maraví y Calderón Castillo.
Disposiciones estudiadas	Art. 387° del CP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	4° considerando

RESUMEN:

El tipo penal de peculado culposo, es aplicable al sujeto que actúa con negligencia o culpa en el ejercicio de sus funciones por falta de control interno, ocasionando así que una tercera persona sustraiga caudales. En este sentido, ***la culpa del autor del delito de peculado se refiere exclusivamente a sustracciones*** *y no al termino impreciso de pérdidas.*

FUNDAMENTOS:

"**4°.** incorrectamente tipificada por el representante del Ministerio Público, y así asumida por la Sala Superior, pues dicho quehacer inicialmente puede subsumirse en el tipo penal de **peculado culposo**, el cual resulta imputable al sujeto que por falta de control interno -que es precisamente lo que se imputa al citado- actúa con negligencia o culpa en el ejercicio de sus funciones, originando que una tercera persona sustraiga caudales --en este caso-, es decir; facilita inconscientemente la comisión de un delito doloso por parte de un tercero, ello en atención a lo previsto en el tercer párrafo del artículo 387° del Código Penal que tipifica: *"Si el agente, por*

culpa, da ocasión a que se efectué por otra persona la sustracción de caudales o efectos será reprimido...". Y, pues igualmente así, lo ha conceptuado el Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del 30 de septiembre del 2005, al señalar los **elementos o componentes típicos** del delito de peculado culposo: *"...Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando este no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (la culpa del peculado se refiere exclusivamente, a sustracciones, no al termino impreciso de perdidas) vale decir cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que esté obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público".*

129

§129. Diferencia entre los delitos de peculado por extensión y rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad

Recurso de nulidad	2212-2004-LAMBAYEQUE
Fecha	13 de enero de 2005
Procedencia	Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República
Jueces Supremos	Villa Stein, Valdez Roca, Ponce De Mier, Quintanilla Quispe y Prado Saldarriaga.
Disposiciones estudiadas	Arts. 391° y 392° del CP.

RESUMEN:

El comportamiento típico del delito de peculado por extensión consiste ***en apropiarse y utilizar los caudales o efectos de propiedad del Estado como ejercicio de una ilícita "propiedad" sobre los mismos****. Por su parte,* ***la acción típica del delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad consiste en negarse a entregar*** *-sea explícita o implícitamente- dinero, cosas o efectos que fueron puestos bajo la administración o custodia del agente, siempre que medie requerimiento de entrega emitido por autoridad competente. Es en este sentido que no hay en el agente un ánimo rem sibi habendi, sino una* ***voluntad específica de desobedecer a la autoridad,*** *lo que hace imposible la configuración del delito de peculado por medio de dicha conducta.*

FUNDAMENTOS:

"**5°.** Que en el denominado delito de peculado por extensión o "peculado impropio", los verbos rectores alternativos del comportamiento típico son apropiarse y utilizar. Existe apropiación cuando el sujeto activo realiza actos de disposición personal de caudales o efectos de propiedad del Estado y que el agente posee en razón de su cargo para su correcta y diligente

administración o custodia; y utilizar es servirse del bien (entiéndase caudal o efecto) como ejercicio de una ilícita "propiedad" sobre el mismo y que excluye de ella al Estado.

6º. Que en el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, tipificado por el artículo trescientos noventiuno del Código Penal, el verbo rector es el de rehusar, acción que consiste en negarse a entregar explícita o implícitamente dinero, cosas o efectos que fueron puestos bajo la administración o custodia del agente, siempre que medie requerimiento de entrega emitido por autoridad competente (Ver: CREUS, Carlos: *Derecho Penal –Parte Especial.* Tomo dos. Cuarta edición. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1993, pp. 307. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A.: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* Segunda Edición. Palestra Editores. Lima. Dos mil tres, página trescientos noventicinco. ROJAS VARGAS, Fidel: Delitos contra la Administración Pública. Tercera edición. Editora Jurídica Grijley. Lima. 2003, pp. 405).

Por tanto, en el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, no hay en el agente un ánimo rem sibi habendi, sino una voluntad específica de desobedecer a la autoridad, por lo que no se configura con tal conducta un delito de peculado."

130

§130. Naturaleza jurídica de los viáticos y delito de peculado

Acuerdo Plenario	07-2019/CIJ-116
Fecha	10 de setiembre de 2019
Procedencia	Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República. XI Pleno Jurisdiccional.
Ponentes	San Martín Castro, Neyra Flores, Sequeiros Vargas, Chávez Mella y Castañeda Espinoza.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Figueroa Navarro, Balladares Aparicio, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Castañeda Espinoza, Núñez Julca, Castañeda Otsu, Sequeiros Vargas, Pacheco Huancas, Guerrero López, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Art. 116 TUO de Ley Orgánica del Poder Judicial

RESUMEN:

El dinero entregado a un trabajador que debe desplazarse dentro o fuera del territorio nacional a fin de cumplir un encargo especifico se denomina "viático" o "viáticos" y constituye el caudal del erario público que, al ser recibido por el funcionario o servidor público para sus necesidades personales esenciales, y este debe de rendir cuentas de su disposición al término de la comisión, cuya omisión ha generado posiciones refractarias respecto a la configuración del delito de peculado.

El funcionario o servidor público puede utilizar el dinero otorgado como viáticos para comer, dormir y desplazarse como mejor crea conveniente, puesto que no existe otra limitación para gastar el dinero entregado salvo el monto máximo tasado por día.

Cuando la diligencia o comisión por la que fue otorgado el viático no se realizó porque el comisionado no se desplazó y no devolvió el dinero, es decir lo incorporó a su patrimonio probablemente constituye un delito de falsedad. Antes de imputar la

comisión del delito de peculado será necesario identificar si el funcionario cumplió o no con la comisión; si la cumplió, la omisión o defecto en la sustentación del gasto deberá quedar dentro de los estrictos ámbitos del control y sanción de orden administrativo.

El Estado tiene el deber de garantizar que los funcionarios o servidores comisionados que se desplacen no estén sometidos a la inseguridad o a riesgos que podrían afectarlos personalmente en el ámbito de la salud.

FUNDAMENTOS VINCULANTES:

H. Análisis y solución de la controversia

30. El dinero entregado a un trabajador que debe desplazarse dentro o fuera del territorio nacional a fin de cumplir un encargo especifico se denomina "viático" o "viáticos" y constituye el caudal del erario público que al ser recibido por el funcionario o servidor público para sus necesidades personales esenciales origina en el Perú la obligación contenida en la Ley N.° 27619 (que regula los viajes al exterior de servidores y funcionarios públicos), como en el Decreto Supremo N.° 007-2013-EF (que a su vez regula el otorgamiento de viáticos para viajes de comisión de servicios en el territorio nacional), de rendir cuentas de su disposición al término de la comisión, cuya omisión ha generado posiciones refractarias respecto a la configuración del delito de peculado.

31. La línea argumental expuesta define un ámbito muy peculiar, que por su escaso desarrollo dogmático devino en resoluciones disímiles, sea por considerar a la no devolución de los "viáticos" como infracción administrativa, como presunto delito de peculado, o ni lo uno ni lo otro. Lo primero, en la medida que se observa suficiente disvalor material en dicha conducta, necesitada y merecedora de pena; y lo segundo, al no concurrir los presupuestos de configuración típica propuestos normativamente en el artículo 387° del CP, donde el argumento de la "infracción del deber", resulta insuficiente, para dotar de sustantividad a los injustos funcionariales.

32. Se ha producido una confusión entre la calidad del dinero estatal entregado propiamente para efectuar el encargo (para pagar el valor de bienes y/o servicios que son el objeto de la comisión o son inherentes a ella, costos, tasas, derechos de trámite, etc., en el lugar de destino)

y el dinero (en monto tasado) entregado a quien se desplazará para atender sus gastos personalísimos en el lugar provisional de destino.

Aunque probablemente se entreguen simultánea o paralelamente, cada monto pertenece a rubros presupuestales distintos y su naturaleza y objeto concreto son también diferentes.

33. El funcionario o servidor público puede utilizar el dinero otorgado como viáticos para comer, dormir y desplazarse como mejor crea conveniente, puesto que no existe otra limitación para gastar el dinero entregado salvo el monto máximo tasado por día, y la razonable advertencia de que no se cubre con aquella suma el consumo de bebidas de contenido alcohólico, pero con cargo a rendir cuentas del gasto realizado, por lo que no es correcto afirmar que aquel monto mantiene la condición de caudal público entregado bajo administración. Corresponde aclarar que la facultad de la libre disposición de los caudales percibidos es absoluta.

34. El Estado tiene el deber de garantizar que los funcionarios o servidores comisionados que se desplacen no estén sometidos a la inseguridad o a riesgos que podrían afectarlos personalmente en el ámbito de la salud, todo ello con motivo del desempeño de la comisión, debiendo tenerse en cuenta el sentido del tercer párrafo del artículo 23 de la Constitución Política del Perú que establece que "Ninguna relación laboral puede [...] desconocer o rebajar la dignidad del trabajador".

35. No se puede asumir válidamente la presunción de que el comisionado desplazado que no rinde cuentas, pero que realizó cabalmente el encargo no efectuó gastos personales durante su desplazamiento para llegar a destino y una vez en el destino, que no se alimentó ni se alojó en algún lugar; todo para concluir que debe devolver toda la suma recibida por aquellos conceptos. Esas presunciones devendrían en absurdas y por tanto en ilógicas. Se requiere una indagación administrativa eficaz y previa para determinar cuánto gastó y como efecto cuanto debe devolver y luego, requerir formalmente la devolución o disponer el descuento de los haberes del comisionado.

36. La casuística en relación a la entrega y recibo de dinero por concepto de viáticos por parte de funcionarios o servidores públicos demuestra que tal condición se ha instrumentado en algunas oportunidades como medio para defraudar, ya sea para apropiarse de dinero en caso de una

comisión inexistente o para beneficiarse al realizar un desplazamiento para una comisión que carece de interés para el servicio público (pero sí en beneficio propio o de terceros), como para apropiarse del viático por una comisión cancelada es decir dejada total o parcialmente sin efecto o interrumpida, o por percibir dinero que excede el máximo fijado en la norma; casos que corresponden a un conjunto de actos desleales que a su vez configuran otros delitos coexistentes, puesto que no hubo un soporte real o se extinguió total o parcialmente antes de realizarse la comisión, o en el curso de la comisión.

37. Cuando la diligencia o comisión por la que fue otorgado el viático no se realizó porque el comisionado no se desplazó y no devolvió el dinero, es decir lo incorporó a su patrimonio probablemente constituye un delito de falsedad.

38. Cuando la conducta que despliega el agente público consiste en sustentar, de manera fraudulenta, gastos que jamás se hicieron, y de ese modo, lograr ilícitamente que le otorguen dinero público. En realidad, estaría cometiendo los delitos de falsificación de documentos (primer párrafo del artículo 427 del Código Penal), uso de documentos falsos (segundo párrafo del artículo 427 del Código Penal) o falsedad genérica (artículo 438 del Código Penal), según corresponda y no delito de peculado por apropiación.

39. Como quiera que el comisionado que se desplazará no recibe pagos permanentes, sino que corresponden a la atención de consumos propios del desplazado durante el tiempo de la comisión, vienen a constituir una suerte de condiciones del desempeño de su encargo, fuera del centro laboral pero además, lejos del medio habitual del desarrollo cotidiano de la vida del desplazado. El comisionado viaja para cumplir una misión de interés del órgano estatal comisionante.

    Por ello vienen a formar parte de las condiciones esenciales temporales del servidor en el tiempo del desplazamiento con la finalidad de que pueda atender sus necesidades básicas inherentes (alimentación, hospedaje) y movilizarse, pero solo durante el lapso que tome el circunstancial y temporal encargo; se configura como un derecho de especial naturaleza para la persona que lo cumple, y al mismo tiempo un deber para el órgano estatal que lo comisionó; distinguiéndose esa

asignación de cualquier otra que pudiera percibirse en administración o custodia, directamente destinada a finalidades de interés público.

Por ello, siendo el deber del funcionario o servidor público de rendir cuenta y de devolver lo no gastado, una exigencia legal en el Perú, el incumplimiento total o parcial no connota el delito de peculado por apropiación.

En tal supuesto puede configurarse una infracción administrativa y/o laboral; probablemente se podrá procesar administrativamente por no haber rendido o devuelto lo que no se utilizó para gastos personales durante el viaje.

Los presupuestos típico-jurídicos que fundan el peculado son distintos.

40. Analizada la especial naturaleza de los viáticos, se puede concluir que ese dinero entregado a un sujeto público para gastos de movilidad, alimentación y hospedaje, lo son en calidad de transferencia en disposición, no en calidad de posesión o administración a diferencia del dinero entregado para pagar tasas, derechos, aranceles, copias, etc., que está sujeto en el Perú al deber administrativo de devolución de lo no gastado.

41. A mayor abundamiento, el monto previsto y percibido como viáticos para la subsistencia y bienestar del comisionado conforme a la normativa respectiva, está presupuestado y por tanto destinado a cubrir los gastos personales del comisionado (el comisionado es el que se alimenta, se desplaza, se guarece de la intemperie en particular para dormir). Si la asignación económica está prevista implica que el órgano estatal espera razonablemente sea consumida en toda su dimensión en la comisión (como se ha indicado, en Chile el comisionado ha de justificar que la comisión se efectuó, sin explicar cuanto o como se realizó el gasto). Es prudente tener en cuenta que la cobertura de las necesidades primarias del comisionado desplazado forma parte del respeto a la dignidad de la persona.

Es de anotar que las partidas presupuestales de las que proviene el dinero que se entrega al viajero son distintas porque el destino es diferente.[58]

CLASIFICADOR DE GASTOS	
VIÁTICOS Y ASIGNACIONES POR COMISION DE SERVICIOS	**SERVICIOS DOMÉSTICOS (ENCARGOS)**
2.3.21.12: Asignación que se concede al personal público para atender gastos que les ocasiona en el desempeño de una comisión de servicio en el exterior (alimentación, hospedaje y movilidad). 2.3.21.22: Asignación que se concede al personal público para atender gastos que les ocasiona en el desempeño de una comisión de servicio en el interior (alimentación, hospedaje y movilidad).	2.3.27.11 99: Gastos por otros servicios prestados por personas naturales y jurídicas no contemplados en las partidas anteriores[1].

42. La consecuencia administrativa prevista ante la sola omisión de rendir total o parcialmente cuentas revela en el Perú una posible conducta reacia, tal vez deshonesta, pero sin suficiente entidad como para fundar una imputación penal y menos una condena por delito de peculado, debido a la naturaleza especial de los viáticos, y debe ser separada de la práctica desleal de apropiarse de dinero de las arcas del Estado pretextando una misión irreal o fraguada para tal fin; por tanto, se podrá considerar el dinero entregado y recibido en la auténtica calidad de viáticos cuando: i) La comisión (dentro o fuera del territorio nacional) sea cierta y no una falsa formalidad para encubrir una apropiación. ii) Se cumpla la comisión encargada (independientemente del resultado obtenido). iii) El monto de dinero entregado se ajuste al marco tope de la cantidad permitida por ley (no se haya inflado o sobredimensionado la suma).

43. El ámbito penal ha de intervenir ante la ausencia de otros medios menos intensos de reacción estatal que proteja el bien jurídico y reestablezca el derecho afectado, ello constituye la materialización de

---

58 Para el pago de lo que se adquiere o necesita, que puede ser el objeto concreto o el servicio.

los principios de mínimo intervención y fragmentariedad, de las que el tratamiento de la no rendición de viáticos no puede ser excluida.

44. Por tanto, antes de imputar la comisión del delito de peculado será necesario identificar si el funcionario cumplió o no con la comisión; si la cumplió, la omisión o defecto en la sustentación del gasto deberá quedar dentro de los estrictos ámbitos del control y sanción de orden administrativo. Ir más allá constituiría un supuesto de criminalización extensiva de una materia que tiene tratamiento extra penal. Peor aun cuando sin la indagación previa y debida se pudiera imputar una apropiación total del monto que recibió el comisionado como viáticos. Si lo que se imputa es el incumplimiento de un deber de rendición de cuentas en el más extremo caso debería recaer sobre el monto no gastado y nunca sobre el total si la comisión se realizó.

D. COHECHO PASIVO PROPIO

131

§131. Elementos configuradores del tipo penal

Recurso de Nulidad	1875-2015- JUNÍN
Fecha	12 de enero de 2016
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo.
Disposiciones estudiadas	Art. 393º del CP

RESUMEN:

La prueba del hecho, desde luego, debe abarcar la existencia del acuerdo previo o pacto venal en orden a aceptar o recibir, solicitar y condicionar un acto funcional a un donativo, promesa o ventaja, la cual incluso debe de precisarse, por lo menos, en sus contornos mínimos que la hagan identificable. Si no se verifica que ninguno de esos medios concurre, sencillamente, el delito no aparece. La simple irregularidad en el acto funcional o que el funcionario se conocía con la parte interesada no es un indicio que permita inferir el delito; además se requiere otro indicio que permita inferir que la irregularidad en la tramitación por parte del funcionario se deba a la existencia de un donativo, promesa o ventaja.

FUNDAMENTOS:

QUINTO: Que el encausado Espinoza Gómez acota que se le derivó el título número veinticuatro mil novecientos nueve y lo calificó como correspondía; que no encontró en ese título alguna incorrección ni aspectos materia de observación registra), y no se ha explicado tal hecho en los procedimientos administrativo

disciplinarios; que no habló con su coimputado Benavides Bobadilla y que el título le correspondía porque el día en que se le entregó el título tenía habilitado el registro de predios y de personas jurídicas [declaraciones de fojas trescientos setenta y siete, seiscientos catorce y mil ciento setenta y siete].

SEXTO: Que el acusado Aponte Lavando afirma que el dos de setiembre de dos mil ocho presentó la inscripción del título veinticuatro mil novecientos nueve a la SUNARP; que no conoce a su coimputado Espinoza Gómez; que no hizo entrega alguna de dinero a algún servidor o funcionario de Registros Públicos [declaración plenaria de fojas mil ciento ochenta y tres].

SÉPTIMO: Que es evidente, primero, que a la fecha de los hechos no correspondía la calificación del título número veinticuatro mil novecientos nueve al encausado Espinoza Gómez, lo que fluye de la reunión de coordinación del día veintinueve de agosto de dos mil ocho, que da cuenta el Informe de fojas setenta y tres. segundo, que mediante un procedimiento irregular el ex encausado Benavides Bobadilla se reasignó la calificación del referido título al citado procesado Espinoza Gómez, lo que se colige no solo de la propia versión de Benavides Bobadilla sino de las declaraciones del Registrador Farfán Silva y de los servidores Alania Vílchez y Ramos Arteaga [declaraciones sumariales de fojas trescientos sesenta y siete, trescientos sesenta y cinco y trescientos cuarenta y siete]. tercero, que el imputado Espinoza Gómez quiso calificar ese título, para lo cual telefónicamente le pidió a Benavides Bobadilla que se lo reasignase -dato que se desprende no solo de la versión uniforme de este último, quien no tenía motivos para implicarlo gratuitamente, sino de la versión de los otros tres testigos ya mencionados, así como de la declaración del servidor de Informática Fabián Salinas de fojas mil ciento sesenta y cinco-. cuarto, que tal situación no hace sino reflejar, en vía de inferencia razonable, que para que ello ocurra medió algún tipo de vinculación con el beneficiario de la calificación, encausado Aponte Lavanto, tanto más si ésta salió positiva y se efectuó inmediatamente, el mismo día de su entrega, aunque un contraindicio sólido es el mérito del documento de fojas novecientos doce que da cuenta que generalmente el registrador calificaba los títulos de manera inmediata; sin disponer incluso su previa derivación al área de catastro [véase Informe del Jefe de la Unidad Registral de Huancayo de fojas ochocientos noventa y nueve].

OCTAVO: Que la forma y circunstancias en que se produjo el ingreso del título cuestionado, el trámite interno que siguió y su inmediata calificación, por un Registrador Público, a quien no le correspondía el conocimiento del título, revelan una conducta indebida por parte de los encausados Aponte Lavanto y Espinoza Gómez. Sin embargo, el delito de cohecho pasivo propio exige que el

funcionario o servidor público solicite o acepte donativo, promesa o cualquier ventaja para la realización de un acto funcional indebido.

La prueba del hecho, desde luego, debe abarcar la existencia del acuerdo previo o pacto venal en orden a aceptar o recibir, solicitar y condicionar un acto funcional a un donativo, promesa o ventaja, la cual incluso debe de precisarse, por lo menos, en sus contornos mínimos que la hagan identificable. Si no se verifica que ninguno de esos medios concurre, sencillamente, el delito no aparece [Conforme: SALINAS SICCHA, RAMIRO: Delitos contra la Administración Pública, Ed. Grijley, Lima, dos mil nueve, página cuatrocientos sesenta y cuatro].

Podrá adecuarse la conducta al tipo legal de abuso de autoridad -ya prescrita en el presente caso-, pero no es de rigor efectuar una determinación alternativa atento a lo anterior y porque no se advierte la presencia de otra figura delictiva homogénea.

NOVENO: Que, en el presente caso, ¿es suficiente con tal finalidad, ante la inexistencia de prueba directa, la irregularidad del trámite y la rápida aceptación de la inscripción del título? ¿Sólo se explica esta conducta por la solicitud o aceptación de un donativo, de una promesa o de cualquier ventaja?

La patente irregularidad del trámite y de la inscripción consiguiente no es unívoca para concluir que si lo anterior se dio fue porque medió un donativo, promesa o ventaja. Muchas causalidades pueden determinarla. Es cierto que los imputados Aponte Lavanto y Espinoza Gómez aducen que no se conocían -lo que, empero, no tiene base para admitirla como cierta-, pero no existe otro indicio que permita inferir que la calificación del título se debió a la existencia de un donativo, promesa o ventaja. Ni siquiera se sabe en qué consistió el donativo, la promesa o la ventaja, ni cuál de ellas fue y en qué dimensión y características. Incluso ninguno de los imputados habló de un donativo, promesa o ventaja; y, tampoco, los testigos han declarado en ese sentido.

Siendo así, por falta de pruebas o, en todo caso, duda razonable -en tanto equilibrio de pruebas de cargo y de descargo que impiden un juicio de condena-, debe dictarse sentencia absolutoria, de conformidad con el artículo 301° primer párrafo del Código de Procedimientos Penales. El recurso defensivo debe estimarse y así se declara.

E. OMISIÓN O RETARDO DE ACTOS FUNCIONALES

132

§132. Omisión o retardo de actos funcionales. Obligaciones de la Policía Nacional y su relación con el Ministerio Público

Recurso de Nulidad	496-2006-AREQUIPA
Fecha	17 de julio de 2006
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República
Jueces Supremos	Sivina Hurtado, San Martín Castro, Valdez Roca, Lecaros Cornejo y Calderón Castillo.
Disposiciones estudiadas	Art. 377° del CP

RESUMEN:

Un efecto de la Policía Nacional del Perú, si bien presenta cierta subordinación con relación al representante del Ministerio Público, ***puede ser considerado sujeto activo del delito de omisión o retardo de actos funcionales****, en tanto cuenta con obligaciones propias que cumplir, como lo son, por ejemplo, el elaborar el atestado policial, comunicar de la detención traer sospechosos o entregar todos los bienes incautados, así como las diligencias realizadas.*

FUNDAMENTOS:

"**5°.** Que, en cuanto a los fundamentos del acusado recurrente, es de tener presente que las declaraciones Tapia Pacompia, Paz Cóngora, Carpio Tutti, Cayra Tapia y Mamani Condori no se llevaron a cabo en el presente proceso sino en el proceso por robo agravado -el ya citado proceso dos mil uno doscientos veinticuatro-cero-cuatrocientos diez-JR-PE-OL-, y en esta causa sólo agregaron copias certificadas, por lo que el recurrente en su debida oportunidad pudo tachar los documentos o formular alguna observación, pero no hizo uso de su derecho de defensa.

Con respecto a que no puede ser considerado sujeto activo del delito de omisión o retardo de actos funcionales, *si bien existe cierta subordinación* con *relación al representante del ministerio público, también lo es que este como funcionario público* -efectivo de la policía nacional del Perú- *tiene sus propias obligaciones*, como lo es, en el presente caso, elaborar el atestado policial, comunicar de la detención traer sospechosos y entregar todos los bienes incautados así como las diligencias realizadas; que,

Por último, en cuanto a la supuesta contradicción en la sentencia recurrida en el noveno fundamento jurídico, de la revisión de la misma se tiene que tal aseveración no es correcta, ya que se ha tomado en forma sesgada dicho considerando puesto que si bien se indica "que la agraviada no se ha presentado a la diligencia de reconocimiento", ello es en mención a las conclusiones arribadas en el atestado policial." (Sic.)

F. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

133

§133. Configuración del delito de Negociación Incompatible: relevancia penal de los hechos imputados. Irregularidades administrativas no son suficientes para configurar delito de Negociación incompatible

Casación	23-2016-ICA
Fecha	16 de mayo de 2017
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Pariona Pastrana, Neyra Flores, Calderón Castillo, Figueroa Navarro.
Disposiciones estudiadas	art. 49°, art. 427° del CP
Fundamentos jurídicos vinculantes	4.13°, 4.14°, 4.15°, 4.26°, 4.27°, 4.28°, 4.30° y 4.31°.

RESUMEN:

Los defectos administrativos dentro de un proceso de contratación en situación de emergencia, por sí solos no resultan suficientes para acreditar la responsabilidad penal de los intervinientes, sino que se requiere acreditar de manera indubitable un elemento externo al proceso de contratación. En ese sentido, este Tribunal Supremo advierte que el órgano jurisdiccional de mérito, al partir del presupuesto de que la situación de emergencia resulta ficticia, no consideró que los defectos administrativos no configuran por sí solos prueba suficiente para arribar a la responsabilidad penal de los procesados; es decir, de comprobarse la idoneidad de la declaración de situación de emergencia no existiría –pese a los defectos administrativos en la contratación- el referido ilícito.

FUNDAMENTOS:

IV. DEL ÁMBITO DE LA CASACIÓN:

4.1. Contra la sentencia del 18 de noviembre de 2015 -fojas dos mil seiscientos sesenta y cinco-, se interpusieron diversos recursos de casación, que fueron admitidos mediante la ejecutoria suprema del 4 de julio de 2016 -fojas mil seiscientos once del cuadernillo formado en este Supremo Tribunal-, que declaró bien concedido el recurso de casación excepcional para desarrollo jurisprudencial por las causales 1 y 3 del artículo 429° del Código Procesal Penal. Así, conforme al fundamento jurídico 2.6 de la citada ejecutoria, los puntos de interés a resolver por esta Suprema Corte a partir del caso concreto son:

1. La determinación de criterios de admisión de prueba nueva en apelación.
2. La determinación de criterios de admisión de prueba producida en el juicio en el procedimiento de apelación de sentencia.
3. El método de valoración de la prueba necesaria para demostrar el grave peligro como causa de declaración de situación de emergencia.
4. El rol del particular en el delito de negociación incompatible, para la verificación del interés particular indebido de tercero.
5. La finalidad del beneficio indebido como elemento subjetivo del tipo penal en el delito de negociación incompatible.
6. El principio de confianza como filtro de imputación objetiva en las estructuras organizadas de la Administración Pública como el Gobierno Regional de Ayacucho.
7. El significado del Procedimiento de Regularización Administrativa realizado en una contratación de emergencia (artículo 23° de la Ley de Contrataciones del Estado y del artículo 128 del Reglamento de la ley de Contrataciones del Estado).
8. El dolo como elemento subjetivo del tipo penal en el delito de negociación incompatible, y si dicha norma acoge la participación culposa de los cómplices como elemento subjetivo del tipo penal.

A. De la admisión de prueba nueva en apelación – criterios

4.2. La Prueba.- La definición que se encuentra de la prueba en la RAE -lenguaje común- es: "razón, argumento, instrumento u otro medio con que te pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo". Esta definición toma dos puntos necesarios de lo que ha de entenderse por prueba al interior del proceso.

El primer punto se encuentra estrechamente ligado a uno de los fines del proceso: el establecimiento de una verdad procesal. Si bien es cierto no es posible una reconstrucción exacta de lo sucedió en el pretérito, es posible aproximarse a la misma mediante la actividad probatoria. Por ende, es n necesario realizar una doble diferencia cuando hablamos del concepto de verdad: la verdad en un sentido natural y la verdad procesal. Ambas tienen una característica en común, que se refieren a hechos sucedidos en el pasado, pero la diferencia está en el nivel de proximidad de dichos hechos. Por un lado, la verdad natural refleja fielmente los hechos sucedidos en el pasado, sin que algún detalle pueda escaparse a ella. Por otro lado, la verdad procesal es el acercamiento al hecho acaecido, el cual -por su complejidad- ya no puede ser totalmente reconstruido, sino que sólo puede producirse una aproximación que intenta ser lo más cercana a él. El proceso no tiene como objeto buscar la verdad natural, pues ello no resulta -al menos según el avance científico actual- posible. La aspiración de los órganos jurisdiccionales de justicia, entonces sólo se circunscribe a la verdad procesal.

El segundo punto está vinculado a la forma cómo se alcanza la verdad procesal. Dado que nos encontramos frente a sucesos pasados y sobre los cuales el Juzgador carece de conocimiento alguno, es necesario acudir a un medio para que él pueda reconstruir el suceso histórico. Ese mecanismo es la actividad probatoria, pue mediante la actuación de los medios probatorios ofrecidos por las partes el juez puede reconstruir hechos ya acaecidos.

4.3. La doctrina realiza una definición más extensa del tema. Así, Mixán Mass señala que:

"La prueba consiste en una actividad cognoscitiva, metódica, selectiva, jurídicamente regulada, legítima y conducida por el funcionamiento con potestad para descubrir la verdad concreta sobre la imputación o, en su caso, descubrir la falsedad o el error al respecto, que permita un ejercido correcto y legítimo de la potestad jurisdiccional penal".

4.4 El derecho a la prueba. - En reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha señalado que:

"(...) Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios; a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios, y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tengan en la sentencia (...)".

4.5. Asimismo, se entiende que:

"(...) el derecho a la prueba forma parte de manera implícita del derecho a la tutela procesal efectiva; ello en la medida en que los justiciables están facultados para presentar todos los medios probatorios pertinentes, a fin de que puedan crear en el órgano jurisdiccional la convicción necesaria de que sus argumentos planteados son correctos".

4.6. Sin embargo, no podemos olvidar que, como todo derecho fundamental, el derecho a la prueba también está sujeto a restricciones o limitaciones derivadas, tanto de la necesidad de que sean armonizados con otros derechos o bienes constitucionales, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión. A lo largo del Código Procesal Penal, podemos encontrar una serie de restricciones a este derecho fundamental, las cuales tienen diversos fundamentos.

En lo referente, a la admisión de pruebas en segunda instancia, la disposición legal pertinente es el artículo 422 del Código Procesal Penal, que señala:

> *(...) 2. Sólo se admitirán los siguientes medios de prueba:*
>
> *a) Los que no se pudo proponer en primera instancia por desconocimiento de su existencia;*
>
> *b) Los propuestos que fueron indebidamente denegados, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna reserva; y,*
>
> *c) Los admitidos que no fueron practicados por causas no imputables a él. (...)"*

4.7. Los límites que se precisan en el artículo precedente buscan evitar que las partes abusen del derecho, e interpongan -maliciosamente- medios probatorios en segunda instancia que no puedan ser contradichos. Asimismo, si bien se permite la interposición de medios probatorios ya propuestos que pudieron ser denegados indebidamente, ello se condiciona a la existencia de una reserva. Se entiende que, en tanto exista una reserva, se garantiza el interés que se tiene sobre determinado

medio probatorio y su importancia en el caso concreto. Y, por último, la norma procesal busca subsanar la omisión de actuación de prueba que no le es Imputable al recurrente; ello en virtud del respeto al derecho de prueba del que éste goza (derecho a que se actúen las pruebas).

4.8. Con los conceptos previos referidos a la prueba y su rango constitucional, cabe preguntarnos si, en efecto, el cumplimiento del artículo 422, inciso 2, del Código Procesal Penal debe ser irrestricto; o si, por el contrario, merece una interpretación constitucional, que permitiría -según el caso- la flexibilización de la regla, a fin de admitir pruebas legales y pertinentes al proceso. Previo a resolver la interrogante planteada, cabe precisar que, ya en otras oportunidades, esta Suprema Corte ha mantenido una posición abierta respecto a superar formalidades que exige la ley en pos de una interpretación constitucional de la norma procesal para una mejor resolución -siempre respetando los derechos de las partes. Así, en la Sentencia de Casación N° 07-2010, emitida por la Sala Penal Permanente, en su fundamento jurídico sexto, indicó que:

"La necesidad del pleno esclarecimiento de los hechos acusados exige que se superen interpretaciones formalistas de la ley procesal, sin que ello signifique, desde luego una lesión a los derechos de las partes".

4.9. Sobre la base de las consideraciones pertinentes, corresponde a este Supremo Tribunal fijar una posición sobre si es o no posible la admisión de prueba -fuera de los supuestos antes mencionados- en segunda instancia.

Con respecto al supuesto del literal "a", del inciso 2 del artículo 422° del Código Penal, podemos observar que el mismo prevé la clásica excepción al principio de preclusión procesal: la existencia de una prueba nueva, que se configura como aquella que la etapa procesal precluyera, no existía o las partes no tuvieron conocimiento de su existencia. Así, la prueba nueva es la excepción, por excelencia, a las reglas de temporalidad de la admisión de un medio probatorio.

4.10. Respecto a la prohibición de admisión de medios probatorios que fueron indebidamente denegados, sin que exista una reserva formulada, este Tribunal Supremo considera que -igual que en el punto precedente- este artículo es ya una excepción en sí misma.

El supuesto establecido en la norma procesal es que existen medios probatorios indebidamente denegados. Ergo, es la misma norma, la que establece que existió una posibilidad de error por parte del Juzgador de primera instancia en denegar dichos medios. Por ende, para evitar una situación en la cual la verdad procesal no sea debidamente alcanzada, se prevé como salida procesal que el error del Juzgador de primera instancia sea subsanado.

4.11. Por último, es necesario abordar la causal referida a la admisión de medios probatorios no actuados por causas no imputables al recurrente. Constituye también una excepción a la preclusión de la admisión de la prueba.

En este caso, si fue el propio recurrente quien impidió o generó que dicho medical probatorio no se actúe, resulta claro que la consecuencia será la imposibilidad de que se produzca en segunda instancia. Sin embargo, aun en este supuesto es posible que el medio probatorio se actué nuevamente, considerando la prevalencia de la obtención de la verdad procesal; no obstante, la actuación se encuentra supeditada a situaciones mucho más restrictivas, como es el caso de una defensa técnica negligente.

4.12. Analizando el caso concreto, el Juez de primera instancia, en su sentencia consideró como uno de los puntos centrales de su pronunciamiento, que el Gobierno Regional no debió declarar la situación de emergencia y, posteriormente, las medidas adoptadas. Basa su pronunciamiento en las declaraciones del Testigo Experto Víctor Villanueva Sandoval, quien -como miembro del OSCE (Organismo de Supervisión de las Contrataciones Estatales)- consideró que no existía una situación de Emergencia -conforme a lo previsto por la Ley de Contrataciones del Estado-, pues la existencia de lluvias era considerada como una situación estacional o cíclica, y no se había precisado por qué era una emergencia en los informes sustentatorios de la exoneración.

Al respecto, la defensa técnica postuló como medios probatorios en segunda instancia, lo que ha venido a denominar como testigos expertos en derecho administrativo y un testigo experto del SINAGERD de la región de Ayacucho. El objeto de los primeros fue acreditar distintos aspectos en torno a la materia antes señalada, como el ámbito de actuación del OSCE, y el objeto del segundo fue señalar por qué, en el presente caso, era necesario contar con el informe del SINAGERD, para decidir si se presentaba o no una situación de emergencia.

La Sala de Apelaciones mediante la Resolución N°32 no admitió los medios probatorios por considerar que el expediente administrativo de declaración de situación de emergencia ya era conocido por las partes desde el inicio de juzgamiento.

4.13. Con respecto al medio de prueba señalado, no nos encontramos frente a un testigo experto, pues se trataba de órganos de prueba encargados de emitir un dictamen sobre aspectos jurídicos en torno a la aplicación de las normas del Derecho Administrativo al caso concreto, tienen la condición de peritos. La segunda prueba postulada, efectivamente, se trató de un testigo experto, pues

es una persona que -aparentemente y según lo postulado- tuvo un contacto directo con el hecho imputado, ya que formaba parte del SINAGERD -órgano encargado de la gestión de Riesgos- del Gobierno Regional de Ayacucho, creado mediante la ley N° 29664.

El objeto de ambos medios de prueba, sobre todo del segundo, era "Señalar la necesidad de utilizar la información técnica del SINAGERD, a efectos de determinar la existencia de una situación de emergencia. Planteado de esta manera, la necesidad de probar la utilidad de dicha información del SINAGERD, ya era conocida antes de iniciar el juicio oral y -por tanto- pudieron ser postulados oportunamente. En consecuencia, no debería n de ser admitidos como regla general.

4.14. Ahora bien, los medios probatorios mencionados no buscan acreditar elementos fácticos, sino estrictamente jurídicos. En concreto, si es que el informe aludido debía o no servir -jurídicamente- para determinar la existencia de una situación de emergencia.

4.15. En sentido estricto, se ha entendido tradicionalmente que la parte jurídica no puede ser objeto de prueba, pues admitir prueba sobre aspectos jurídicos podría ir contra la presunción de conocimiento del Derecho por parte del Magistrado. Sin embargo, dado el avance normativo actual y la alta especialización de los diversos sectores del ordenamiento jurídico, es posible admitir excepcionalmente informes de esta naturaleza, siempre que versen sobre instituciones, regulaciones o decisiones jurídicas, en el ámbito comparado, en tanto que si se trata de informes jurídicos relacionados con interpretaciones de derecho nacional no podrían tener valor probatorio. En todo caso, puede considerárseles ^como argumentos de defensa y tienen un valor meramente referencial.

4.16. Por ende, en el caso concreto, consideramos que la no admisión de los medios de prueba antes señalados, fue correcta, en la medida que los dictámenes de este tipo no vinculan al Magistrado, sino son sólo mecanismos auxiliares que lo apoyan en la labor de interpretación de la norma.

Por los fundamentos precedentes, deviene en infundado el recurso de casación—interpuesto, referido al pedido de admisión de medios probatorios ofrecidos por la defensa técnica de los recurrentes (Oscorima Nuñez, Hinojosa Vivanco y Avala Hinostroza).

B. Criterios de admisión de prueba producida en juicio en el procedimiento de apelación de sentencia

4.17. Respecto a la prueba en segunda instancia en el inciso 5 del artículo 422° del Código Procesal Penal, prevé que:

"También serán citados aquellos testigos -incluidos los agraviados- que han declarado en primera instancia, siempre que la Sala por exigencias de inmediación y contradicción considere indispensable su concurrencia para sustentar el juicio de hecho de la sentencia, a menos que las partes no hayan insistido en su presencia, en cuyo caso se estará a lo que aparece transcrito en el acta de juicio".

4.18. De la norma previamente citada se puede advertir que nuestro legislador sólo ha previsto la actuación de ciertas pruebas -de primera instancia- a nivel de segunda. Uno de esos medios de prueba son las declaraciones testimoniales, cuya necesidad se sustenta en dos exigencias: inmediación, entendida como la vinculación entre el Juzgador y el órgano de prueba, y de contradicción, sometimiento a un test de credibilidad por las partes.

Así, la citada norma se refiere a los testigos, precisando que también sean los agraviados; ello en razón al principio de inmediación y contradicción. Sin embargo, no se regula esta admisión en segunda instancia para pruebas de carácter pericial o documental, entendiendo que dichos medios probatorios pueden ser valoradas nuevamente por el Juzgador de segunda instancia, sin vulnerar el principio de inmediación.

El inciso 2, del artículo 425 del Código Procesal Penal, señala que:

"La Sala Penal Superior sólo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas periciales, documental, (...)".

4.19. Un análisis conjunto de la normativa procesal penal nos permite firmar coherentemente que en principio la Sala Penal de Apelaciones está habilitada a una nueva valoración de la prueba pericial -conforme al inciso 2 del artículo 425° del CPP-; en ese sentido, implicará conforme al artículo 181 del CPP un examen o interrogatorio al perito, con la finalidad de obtener una mejor explicación sobre la comprobación que se haya efectuado respecto al objeto de la pericia, sobre los fundamentos, y la conclusión que se sostiene. El examen o interrogatorio del perito, será de mayor necesidad si a nivel de segunda instancia se presenta un medio probatorio -nuevo- que contradiga el peritaje realizado en primera instancia.

4.20. En consideración a lo señalado, se puede advertir que, en el caso concreto, la Sala Penal de Apelaciones, rechazó el pedido de la defensa de interrogar

a los peritos presentados en primera instancia por el Ministerio Público (Examen Pericial N° 05-2012-2-5335, y el informe pericial del ingeniera del 30 de enero de 2013), al considerar que los citados exámenes periciales no adolecían de sensibles defectos legales o déficits de información que impidan el esclarecimiento de los hechos objeto de debate. Este Supremo Tribunal advierte que lo señalado por la Sala Penal de Apelaciones, en dicho extremo es correcto, en la medida que a su consideración no necesitaban del interrogatorio al perito, por tener claro el informe pericial, siendo éste suficiente, pues no existía medio probatorio -nuevo- que lo desacreditará a punto de que se necesite de una mejor explicación por parte del perito especialista.

Por las razones precedentes, los argumentos esgrimidos por los recurrentes en dicho extremo deben ser declarados infundado.

C. El método necesario de valoración de la prueba para demostrar el grave peligro como causa de declaración de situación de emergencia

4.21. La resolución del presente tema amerita contar con ciertos conceptos del ámbito procesal, como son el objeto de prueba, y el medio de prueba. Como se desarrollará a continuación, en principio, el objeto de prueba definirá el medio de prueba idóneo a utilizar, y de este último dependerá la valoración probatoria a realizar.

4.22. El objeto de prueba.- Conforme lo regula el Código Procesal Penal en su artículo 156: "Son (...) los hechos que se refieran a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito."

4.23. El medio probatorio.- Como ya se señaló, el objeto de prueba es todo aquel hecho y/o realidad susceptible de ser probado. En ese sentido, el medio probatorio es todo aquello que sirve para probar determinado hecho -objeto de prueba-. Así, respecto a los medios probatorios nuestro Código Procesal Penal señala en su artículo 157°, lo siguiente:

> "1. Los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la Ley. Excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidas por la Ley. La forma de su incorporación se adecuará al medio de prueba más análogo, de los previstos, en lo posible.

2. En el proceso penal no se tendrán en cuenta los límites probatorios establecidos por las Leyes civiles, excepto aquellos que se refieren al estado civil o de ciudadanía de las personas.

3. No pueden ser utilizados, aun con el consentimiento del interesado, métodos o técnicas idóneos para influir sobre su libertad de autodeterminación o para alterar la capacidad de recordar o valorar los hechos."

4.24. El medio probatorio que se utilice para demostrar la configuración de determinado hecho necesario en juicio dependerá directamente del hecho a probar -objeto de prueba-. Lo señalado permitirá la buscar la idoneidad del medio probatorio que generará el escenario perfecto para una correcta valoración probatoria. Citado lo anterior, se puede afirmar que ante hechos complejos que se planteen demostrar en juicio, será de aplicar necesariamente el medio probatorio denominado pericia. Así, el Código Procesal Penal en su artículo 172, establece que: "La pericia procederá siempre que, para la explicación y mejor comprensión de algún hecho, se requiera conocimiento especializado de naturaleza científica, técnica artística o de experiencia calificada."

4.25. En ese sentido, si se pretende demostrar un desbalance patrimonial, más allá de las afirmaciones vertidas por testigos, se requerirá una pericia contable, que en efecto determine el citado desbalance. Asimismo, si hablamos de delitos contra el medio ambiente, en donde se aduzca contaminación sonora, se requerirá una pericia especializada que demuestre que los índices acústicos de determinada zona superan el límite legalmente permitido. Como se aprecia las situaciones planteadas son complejas, requieren conocimientos especializados, y en más de una ocasión nos remite a normativa sumamente detallada -que suele ser ignorada-.

Diariamente se observa que el Derecho Penal se encuentra más involucrado con otras ramas del derecho -ambiental, corporativo, minero, administrativo, entre otros-. Cada una cuenta con normativa e instituciones especializadas, las cuales deben ser de conocimiento del Juzgador, en el extremo que se relacionen con la actividad delictiva. Sin embargo, debido a la sobreabundancia normativa y a la alta especialización, es necesario contar con una opinión jurídica técnica que proponga sólidos criterios de interpretación de la normativa extrapenal.

4.26. En el caso concreto, se ha de determinar la definición de grave peligro, en un contexto específico de declaración de situación de emergencia. Es preciso señalar el contexto en el que se habla de determinado tema, más aún de un concepto que descontextualizado suele ser muy subjetivo. En ese sentido, se

advierte que, conforme al artículo 22 de la Ley de Contrataciones con el Estado, vigente en el momento de los hechos, la situación de emergencia es definida como:

> *"Artículo 22.- Situación de emergencia.-*
>
> *Se entiende como situación de emergencia aquella en la cual la entidad tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastrófi cos, de situaciones que supongan grave peligro de necesidad que afecten la defensa nacional.*
>
> *En este caso la Entidad queda exonerada de la tramitación de expediente administrativo y podrá ordenar la ejecución de lo estrictamente necesario para remediar el evento producido y satisfacer la necesidad sobrevenida, sin sujetarse a los requisitos formales de la presente Ley.*
>
> *El Reglamento establecerá los mecanismos y plazos para la regularización del procedimiento correspondiente.*
>
> *El resto de la actividad necesaria para completar el objetivo propuesto por la Entidad ya no tendrá el carácter de emergencia y se adquirirá o contratará de acuerdo a lo establecido en la presente Ley."*

En ese sentido, es previsto por el artículo 128 del derogado Reglamento de la Ley de Contrataciones (D.S. N° 084-2008-EF), vigente en la fecha de los hechos, el cual señala que:

> "Artículo 128.- Situación de Emergencia
>
> En virtud de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro, o que afecten la defensa y seguridad nacional, la Entidad deberá contratar en forma inmediata lo estrictamente necesario para prevenir y atender los requerimientos generados como consecuencia directa del evento producido, así como para satisfacer las necesidades sobrevinientes. Posteriormente, deberá convocar los respectivos procesos de selección. Cuando no corresponda realizar un proceso de selección posterior, en el informe técnico legal respectivo se debe fundamentar las razones que motivan la contratación definitiva.
>
> Toda contratación realizada para enfrentar una situación de emergencia deberá regularizarse dentro de los diez (10)

días hábiles siguientes de efectuada la entrega del bien o la primera entrega en el caso de suministros, o del inicio de la prestación del servicio o del inicio de la ejecución de la obra, incluyendo el proceso en el Plan Anual de Contrataciones de la Entidad, publicando la resolución o acuerdo correspondientes y los informes técnico y legal sustentatorios en el SEACE, debiendo remitir dicha información a la Contraloría General de la República, así como emitiendo los demás documentos contractuales que correspondan según el estado de ejecución de las prestaciones."

4.27. Conforme lo observado, en la normativa que regula la situación de emergencia, no se define, ni precisa qué se debe entender por grave peligro, dejando ello aparentemente a una libre interpretación. Sin embargo, siendo una cuestión de carácter jurídico, conviene verificar si existe alguna entidad u organismo que sea especializado en determinar un grave peligro que pueda generar una situación de emergencia.

4.28. El artículo 1 de la Ley Nª29664 -"Ley que crea el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres"-, publicado el 19 de febrero de 2011, establece lo siguiente:

"(Se crea) el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (Sinagerd) como sistema interinstitucional, sinérgico, descentralizado, transversal y participativo, con la finalidad de identificar y reducir los riesgos asociados a peligros o minimizar sus efectos, así como evitar la generación de nuevos riesgos, y preparación y atención ante situaciones de desastre mediante el establecimiento de principios, lineamientos de política, componentes, proceso e instrumentos de la Gestión del Riesgo de Desastres."

Teniendo dentro de sus objetivos principales:

"a) La identificación de los peligros, el análisis de las vulnerabilidades y el establecimiento de los niveles de riesgo para la toma de decisiones oportunas en la Gestión del Riesgo de Desastres." (Véase artículo 8 de la citada Ley)

4.29. Asimismo, es importante advertir que conforme el artículo 3 de la citada Ley:

"La Gestión del Riesgo de Desastres está basada en la investigación científica y de registro de informaciones, y orienta las políticas, estrategias y acciones en todos los niveles de gobierno y de la sociedad con la finalidad de proteger la vida de la población y el patrimonio de las personas y del Estado."

En ese sentido, dependiendo del riesgo que se busque determinar, el proceso de investigación de nivel científico estará a cargo de instituciones especializadas, como son el Instituto Geofísico del Perú, el Instituto Geológico Minero (INGEMET), el Servicio Nacional de Meteorología e Hidrología del Perú (SENAMHI), entre otros.

4.30. El Servicio Nacional de Meteorología e Hidrología del Perú (SENAMHI)6 , es la institución encargada de determinar el riesgo –nivel- de desastre generado por lluvias. En este punto, es necesario precisar que la OSCE no es la institución competente para afirmar o negar la existencia de un peligro grave –que generará una situación de emergencia-; asimismo, lo señala este organismo en repetidas opiniones técnica emitidas, como por ejemplo la Opinión Nª 084-2014/DTN, que, en su fundamento Nº2.1.1, señala que:

"En primer lugar, debe indicarse que, conforme a lo señalado en los antecedentes de la presente opinión, las consultas que absuelve el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) son aquellas consultas genéricas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado; en esa medida, en vía de consulta, este Organismo Supervisor no puede determinar si una situación en específico configuraría la causal de exoneración por situación de emergencia, pues ello contravendría el literal j) del artículo 58 de la Ley."

4.31. Por lo que, ante la necesidad de probar la idoneidad de una situación de emergencia, corresponderá verificar a qué clase de grave peligro se refiere ésta, y dependiendo de ello la institución u organismo encargado en determinar científicamente si es o no en efecto un peligro grave.

Como se puede advertir, la determinación del concepto de peligro grave a efectos de dictaminar una situación de emergencia requiere pasar por un proceso entre instituciones especializadas en la materia –SINAGERD, entre otras- que no involucra a organismos consultores –de opinión- como el OSCE cuya especialidad es otra – Normativa referida a la contratación del Estado-. El OSCE no es competente para la determinación de la existencia del peligro, pues el peligro no se determina sobre la base de un criterio jurídico, sino a través de la verificación un criterio técnico (riesgo de un daño grave).

Siendo el objeto de prueba una situación que amerita conocimientos especializados como lo es la determinación del peligro grave para determinar una situación de emergencia, se advierta que ello no depende de un criterio jurídico, sino -ante todo- técnico. En el caso concreto, la entidad competente para emitir dicho criterio técnico es el SINAGERD, y las instituciones relacionadas como

el SENAMHI. Si ellas determinaban la existencia de un peligro, entonces debía presumirse la realidad e inminencia del mismo.

4.32. Es de apreciar, asimismo, que como consecuencia de las intensas precipitaciones pluviales que originaron la crecida de los ríos, huaycos y deslizamientos, trayendo consecuencias peligrosas a la salud de los pobladores y daños materiales en las viviendas, campos agrícolas, carreteras y servicios básicos, la Región de Ayacucho fue declarada en estado de emergencia mediante varios Decretos Supremos. Es así que mediante Decreto Supremo N°012-2011-PCM, del 23 de febrero del 2011, se declaró el estado de emergencia en las Provincias de Huamanga, Huanta, y Vilcashuaman; igualmente, mediante Decreto Supremo N°016-2012-PCM, del 26 de febrero del 2012 se declaró el estado de emergencia en las Provincias de Huanta, Lucanas, y La Mar; así también mediante Decreto Supremo N°047-2012-PCM, del 29 de abril del 2012 se declaró el estado de emergencia en las Provincias de Páucar del Sara Sara y Víctor Fajardo.

4.33. Estas normas jurídicas fueron emitidas considerándose las alertas meteorológicas del SENAMHI y otros informes técnicos que dieron cuenta del grave peligro generado por las intensas precipitaciones [conforme se advierte del informe del Instituto de Defensa Civil, respecto a la preparación para la temporada de lluvias 2011-2012, donde se consigna el registro de emergencias por temporadas de lluvias –véase expediente de solicitud para declarar en situación de emergencia la Región de Ayacucho, así como el informe técnico número N°007-2012-INDECI/11.0, obrante a fojas tres mil trescientos cuarenta y cinco-]. Por ello, el Poder Ejecutivo procedió a declarar el estado de emergencia en diversos sectores de la región de Ayacucho, disponiendo que se tomen las medidas pertinentes al respecto. Los mismos Decretos Supremos en buena cuenta confi rman que en los periodos indicados en la Región Ayacucho existió grave peligro por la intensidad de las lluvias, antes y después de la declaración de situación de emergencia y la compraventa de las maquinarias; de allí que la magnitud de la situación de emergencia demandaba la adopción de medidas urgentes que permitan al Gobierno Regional de Ayacucho y los Gobiernos Locales la ejecución de acciones inmediatas destinadas a la atención de la emergencia y rehabilitación de zonas afectadas.

Ante dicho panorama, queda claro que el grave peligro sí era real, conforme lo venían sosteniendo los informes técnicos pertinentes, emitidos por la autoridad competente en la materia. Por dichas razones, se debe declarar fundado el recurso de casación, en dicho extremo, interpuestos por los recurrentes Oscorima Nuñez,

Hinojosa Vivanco, Ayala Hinostroza, Gamboa Ventura, Quintero Carbajal, De la Cruz Eyzaguirre, e Ibarra Salazar.

D. El Rol del particular en el delito de negociación incompatible, para la verificación del interés particular indebido de tercero

4.34. Previo análisis de la cuestión planteada, amerita citar la regulación normativa referida al tipo penal de análisis: negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, previsto en el artículo 399° del Código Penal, que señala:

> *"Artículo 399. Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo*
>
> *"El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa""*

4.35. Es una norma general de carácter subsidiario. Al no especificarse la naturaleza del contrato u operación -es un tipo penal general, de amplio espectro- que se asemeja al delito de colusión, diferenciándose en que en la negociación no es necesaria la concertación ni la existencia de perjuicio. El bien jurídico que se busca proteger mediante la tipificación de la conducta antes señalada es el correcto funcionamiento de la Administración Pública frente al interés privado de sus agentes; es decir, los funcionarios o servidores públicos que pueden anteponer sus intereses al de la administración. El verbo típico en este delito es el interés que se define como la búsqueda inusitada del funcionario o servidor público en el resultado de un proceso o adquisición determinados. No basta, por tanto, con que se haya verificado observaciones al proceso o adquisición misma, sino que el agente haya mostrado mediante actos irregulares su deseo de influir en el desarrollo de acto de adquisición.

4.36. Según la normativa vigente al momento de que los hechos fueron cometidos, el sujeto activo del delito de negociación incompatible, por imperativo normativo al tratarse de un delito especial propio, solo podía ser aquel que ostente la cualidad de servidor o funcionario público; siempre que se cumpla la relación

funcional exigida en la norma. Así, la Casación N° 841-2015, fundamento jurídico 30, precisa que:

"(...) la estructura típica de este delito no permite la intervención del tercero con el que se realiza la operación, (...) No estamos frente a un delito de participación necesaria, como sí lo es la colusión, por lo que la intervención de la parte con la que se celebra el contrato no es necesaria. La negociación incompatible se materializa independientemente de la voluntad del interesado."

4.37. Mediante la sentencia citada, se ha establecido que, de conformidad con la norma penal al momento de sucedidos los hechos –en aplicación del principio de legalidad-, la intervención del tercero no estaba sancionada penalmente, en tanto no es necesaria para la configuración del tipo penal. Debemos indicar que si bien el artículo 56, cuarto párrafo, de la Ley de Contrataciones con el Estado –vigente al momento de los hechos-, precisa que "En caso de contratarse bienes, servicios u obras, sin el previo proceso de selección que correspondiera, se incurrirá en causal de nulidad del proceso y del contrato, asumiendo responsabilidades los funcionarios y servidores de la entidad contratante conjuntamente con los contratistas que celebraron dichos contratos irregulares."; en el mismo sentido, el artículo 44 de la actual Ley de Contrataciones con el Estado señala, "(...) cuando no se haya utilizado los procedimientos previstos en la presente Ley, pese a que la contratación se encontraba bajo su ámbito de aplicación. En este supuesto, asumen responsabilidades los funcionarios y servidores de la Entidad, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato (...)"

4.38 La responsabilidad que recaería en el tercero, sería una de carácter administrativo y autónomo. Sobre la base de esa premisa, se puede afirmar que la normativa de la Ley de Contrataciones del Estado, referida a la responsabilidad del tercero contratado, es aislada de la normativa penal; no resultando necesario comprobar una responsabilidad administrativa previa que demuestre la responsabilidad penal por un delito de negociación incompatible en provecho de tercero. Lo señalado obedece en principio al cumplimiento cabal del principio de legalidad y asimismo, a que el tercero –que se beneficiara- no necesariamente debe ser la persona con la que se está realizando la contratación, sino que puede ser cualquier otro, que podría resultar beneficiado –de alguna manera- con este acto administrativo que perjudicase a la administración pública.

4.39. Por ello, en dicho extremo, los recursos de casación planteados por los recurrentes (Oscorima Núñez, Hinojosa Vivanco, Ayala Hinostroza, Gamboa Ventura, Quintero Carbajal, De La Cruz Eyzaguirre, e Ibarra Salazar) debe ser declarado infundado.

E. La finalidad indebida como elemento subjetivo del tipo penal de aprovechamiento indebido del cargo

4.40. El tipo penal de negociación incompatible presenta elementos objetivos y subjetivos que lo constituyen; así, el interés indebido sobre un contrato u operación que debe estar a cargo del funcionamiento público sintetiza la tipicidad objetiva. Por otro lado, la existencia de un interés del funcionario público debe traducirse en un provecho propio o de tercero. El agente despliega su actividad en el acto o proceso de adquisición que debe arribar a un resultado: el provecho propio o de un tercero.

4.41. Al respecto, conforme ya ha sido establecido en la Casación N°841-2015, en su fundamento jurídico trigésimo sexto, "El segundo elemento: búsqueda de un provecho propio o de un tercero, como consecuencia del quebrantamiento del deber institucional; además del dolo, para tener por acreditada la conducta típica, de presentarse este elemento subjetivo. Esta es la motivación por la cual el funcionario se interesa en el contrato. (...) El provecho implica el beneficio que va a recibir el funcionario público (cuando es para sí), el tercero, o ambos, como consecuencia de la celebración del contrato o de la operación a cargo del funcionario".

4.42. En ese sentido, el provecho propio o de tercero, al ser un elemento del tipo penal del delito de negociación incompatible requiere, como cualquier otro elemento del tipo, ser materia de prueba dentro del proceso penal. Por ende, queda proscrito la presunción de su configuración, estableciéndose el deber del Ministerio Público de demostrar la existencia de este tipo penal y del Juzgador de señalar por qué, a su juicio, el mismo se presenta o no en el caso concreto.

4.43. De la revisión de autos -véase sentencia de vista a fojas dos mil seiscientos sesenta y cinco- no se advierte una motivación suficiente que sustente -más allá de toda duda razonable- la configuración de este elemento típico; esto es, si conforme a la acusación fiscal, se logró establecer el provecho indebidamente obtenido por el tercero, como consecuencia de la gestión interesada del agente. En otros términos, si producto del interés mostrado, de acuerdo con la acusación fiscal, las empresas contratadas fueron efectivamente e indebidamente beneficiadas. La Sala Penal de Apelaciones no establece de qué manera pudo configurarse la finalidad indebida por parte del funcionario público en el presente delito, orientado a brindar un beneficio indebido a favor de un tercero particular, máxime si cuando en el presente caso los terceros fueron los proveedores Ferreyros S.A.A, Tracto Camiones USA, San Bartolomé S.A y Unimaq S.A., fueron objeto

de sobreseimiento definitivo, sin sanción penal ni inhabilitación alguna, esto es, obtuvieron un pronunciamiento judicial de que obtuvieron un provecho debido.

Cabe señalar que la Sala Penal de Apelaciones partió de la premisa que los imputados Oscorima Nuñez, Hinojosa Vivanco y Ayala Hinostroza, infringieron sus deberes especiales de función al desplegar las conductas ilícitas detalladas en la acusación, infiriéndose de ello un interés de beneficiar a los proveedores finalmente contratados –tercero-; sin embargo, por lo expuesto lo citado por la Sala Penal de Apelaciones no resulta ser suficiente a fin de demostrar este elemento típico.

En ese sentido, se advierte que la Sala de Mérito no estableció sólidamente de qué manera se configuró la finalidad indebida por parte del funcionario público en el presente delito, generando un provecho al tercero particular; por tanto, corresponde declarar, en dicho extremo, fundado los recursos de casación interpuestos por Oscorima Nuñez, Hinojosa Vivanco y Ayala Hinostroza.

F. El principio de confianza como filtro de imputación objetiva en las estructuras organizadas de la Administración Pública

4.44. La atribución penal de una conducta a una persona ha partido, tradicionalmente, desde un mismo punto: la demostración de un nexo de causalidad entre su acción y la producción de un resultado lesivo a un bien jurídico penalmente relevante. No obstante, no toda causación de un resultado hace que una persona responda penalmente por dicha acción.

A través de la denominada teoría de la imputación objetiva, se determina cuándo una acción imputada es normativamente atribuible a una persona y, por tanto, la hace responsable de dicha acción. Para ello, la teoría de la imputación objetiva tiene cuatro instituciones, que sirven a dicho fin:

1) el riego permitido,
2) el principio de confianza,
3) la prohibición de regreso, y
4) la imputación de a la víctima.

A continuación, para efectos de desarrollar el presente punto del recurso de casación, nos centraremos en analizar puntualmente lo que se entiende por principio de confianza y sus alcances, en el marco de estructuras organizadas de la administración pública.

4.45. Una de las características principales del mundo contemporáneo, es la complejidad de las relaciones sociales; el ámbito de desarrollo de las personas día

a día exige cada vez mayor especialización. A nivel de una empresa u organización pública o privada mayor será la complejidad dependiendo de su dimensión y su expansión; así, para que exista un correcto funcionamiento de la organización deberá existir división de funciones entre los miembros del organismo, para lograr un actuar conjunto en pos de la organización.

4.46. Las organizaciones (públicas o privadas), como por ejemplo: las Municipalidades, Clínicas, Hospitales, entre otros, son estructuras en las cuales se manifiesta un alto nivel de organización, para que las mismas puedan cumplir la función que les ha sido encomendada. De esta forma, cada integrante de la organización tiene una esfera de competencias propia, por la cual es garante. Toda organización tiene reglas, normativa interna que busca regular las acciones y funciones de cada trabajador, las cuales delimitan el espectro de derechos y de deberes de todos los funcionarios. En el ámbito de la estructura pública nacional, lo señalado se plasma en el Manual de Organizaciones de Funciones (MOF) y en el Reglamento de Organizaciones y Funciones (ROF) que vienen a ser la normativa que delimita los ámbitos de competencia funcionarial con la finalidad de optimizar el servicio de los funcionarios y servidores públicos. En este sentido, sólo será posible atribuir responsabilidad en el ámbito funcionarial por el quebrantamiento de las expectativas de conducta que formen parte del ámbito de competencia delineado por la normativa en referencia, lo que a su vez significa que el funcionario público no podrá responder por las consecuencias del ejercicio de las funciones que pertenecen a la esfera de competencia de terceros. Mejor dicho, solamente se ha de responder por las consecuencias que deriven de los propios actos delineados normativamente en el MOF y en el ROF. Al respecto, Reyes Alvarado refiere que en las organizaciones "Las labores individuales se deben desarrollar de acuerdo con una asignación de funciones preestablecidas, cada persona es responsable solamente por el correcto desempeño de las actividades que le han sido asignadas, y puede por ende confiar en que sus demás compañeros harán asimismo con las labores inherentes a sus cargos".

4.47. La delimitación del ámbito de competencias permite al funcionario tener seguridad de cuándo su acción constituirá un riesgo penalmente relevante y cuándo ello no será así. De esta forma, nadie responderá penalmente por el correcto cumplimiento de las funciones asignadas a su persona. Incluso si su trabajo es instrumentalizado por un tercero, y con ello se afecta un bien jurídico, carecerá de responsabilidad penal si es que se verifica -en el caso concreto- que actuó dentro del contorno de sus funciones.

Así, en virtud del principio de confianza, la persona que se desempeña dentro de los contornos de su rol puede confiar en que las demás personas con las que interactúa y emprende acciones conjuntas, van a desempeñarse actuando lícitamente. El principio de confianza se incardina en la esencia de la sociedad, pues sin él nadie podría interactuar si, además del deber de cumplir los parámetros de su rol, estuviera en la obligación de observar que la persona con la que se interactúa está cumpliendo cabalmente sus obligaciones.

La necesidad de acudir al principio de confianza es más evidente cuando hablamos de organizaciones complejas, como son las instituciones públicas, en las cuales la persona tiene que interactuar con muchos otros funcionarios día a día. Por ende, si el funcionario público tuviera como exigencia permanente verificar que otro funcionario ubicado en un nivel jerárquicamente inferior o en un nivel horizontal al suyo cumple o no su función, no le quedaría lugar para cumplir sus propias labores. De ahí que se parte de una presunción: todo funcionario con el que se interactúa obra en cabal cumplimiento de sus funciones.

Cabe mencionar que el principio de confianza encuentra ciertos límites, por ejemplo, cuando una persona sobre quien se tiene una ascendencia funcionarial no tiene capacidad para cumplir de manera responsable un rol designado. Asimismo, el principio de confianza se restringe cuando existe un deber de garante10 que impone la obligación de verificar el trabajo realizado. Por último, no se puede invocar el principio de confianza cuando se evidencie la falta de idoneidad de la persona en que se confiaba. Entonces, toda conducta desplegada en el marco laboral dentro de una organización con división de roles, deberá ser analizada bajo el principio de confianza, salvo que se presente alguno de los supuestos citados.

4.48. Tradicionalmente se suele considerar que la máxima autoridad de una institución tiene una posición de garante que lo hace responsable por todo acto que cometan sus subordinados. En un sentido normativo, sobre la base de las consideraciones esbozadas previamente, dicha consideración es manifiestamente incorrecta. Los deberes funcionariales de la persona que lidera una institución, por ejemplo, que ostente la titularidad del pliego, no son distintos a los deberes del resto de funcionarios; si bien por ejercer el liderazgo tiene un mayor poder de decisión y una mayor injerencia en la actividad de la institución pública, pero sus deberes funcionariales también se rigen por el marco normativo de la institución que delinea la esfera de competencia de cómo debe conducirse en el ejercicio del cargo. Por tanto, si es del caso exigírsele un deber especial de supervisión, dicho deber debe estar normativamente establecido y formar parte de sus competencias.

Naturalmente, ello podría colisionar con funcionarios que, precisamente, tienen determinado dicho deber de supervisión, como son los encargados del control interno.

La exigencia del deber de supervisión al titular de una institución, sin más fundamento que por ser el titular de la misma, podría menoscabar el desempeño de las funciones de la institución, pues dedicaría más tiempo a controlar al resto de funcionarios -incluso de muy menor rango- que a desempeñar sus propias funciones. Esta postura haría ineficaz la división del trabajo, sobre todo en órganos donde existen personas especializadas en dicha función. Y, si la atribución de responsabilidad penal sólo se basa, sin más fundamento, en que, por ser la máxima autoridad de la institución, debe responder por los actos de cualquiera de sus subordinados, entonces estaríamos ante una flagrante vulneración del principio de culpabilidad, consagrado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, que proscribe la responsabilidad objetiva. Precisamente contra esta posibilidad de imputación de responsabilidad basada en el puro resultado, además del principio de culpabilidad, opera el principio de confianza, que brinda legítimamente al funcionario de alto nivel la posibilidad de confiar en quien se encuentra en un nivel jerárquico inferior, máxime cuando este último posee una especialización funcional. En el entendido de que el personal que labora en una institución es el adecuado, el principio de confianza, impide que un defecto en el proceso de trabajo con implicaciones penales se pueda atribuir mecánica y directamente a quien se encuentra en la cúspide funcionarial de la institución. De otro modo: el funcionario que se encuentre en dicho nivel no tiene deber jurídico alguno de ejercer un férreo y pormenorizado control de cada una de las tareas que son de exclusiva incumbencia de los niveles funcionariales subordinados a los que, en clave de reparto funcional, plasmados en el MOF y en el ROF, les son delimitadas sus competencias. A dicho funcionario le asiste la posibilidad de desconfiar en quien se ubica en un nivel jerárquico inferior, más aún si éste posee conocimientos especializados, razón por la cual precisamente forma parte de dicho nivel funcionarial.

La excepción a este principio se da cuando el titular de la institución es quien quiebra su deber institucional y organiza los deberes de sus subordinados para ello. Lo señalado es una posición ya asumida por esta Suprema Corte, mediante el R.N. N° 449-2009/Lima, emitida el nueve de julio de dos mil nueve.

4.49. Centrándonos en el análisis del caso concreto, en base a los conceptos jurídicos previos, cabe realizar la siguiente pregunta: ¿El principio de confianza permite excluir de responsabilidad penal al **1)** Presidente regional de Ayacucho,

2) Gerente General, 3) Jefe de abastecimiento, y demás Consejeros Regionales? Para poder dar una respuesta, resulta necesario establecer la participación que se imputa a cada uno de los citados involucrados, en el delito de negociación incompatible.

Asimismo, corresponde verificar si el órgano jurisdiccional de mérito hizo un adecuado análisis de la delimitación del ámbito de funciones que cumplían los antes señalados funcionarios, para lo cual debió basarse en el MOF y en el ROF de la citada entidad. Permitiéndonos ello verificar si los recurrentes, en sus diversos roles dentro de la organización, actuaron dentro de su rol jurídicamente establecido, en base al principio de confianza.

4.50. Se advierte conforme la acusación fiscal que la primera infracción que generaría la configuración del delito de negociación incompatible, sería la declaratoria de la situación de emergencia del sistema vial de la Región Ayacucho, que la Sala Penal de Apelaciones estimó como falsa. En los hechos probados se tiene que la declaratoria de la citada situación emergencia del sistema vial, fue solicitada por la Gerencia de infraestructura al Gerente Regional, para lo cual se amparó en un informe técnico y jurídico. A su vez, el Gerente General trasladó dicho pedido al órgano competente para aprobarlo: el Consejo Regional de Ayacucho. Conforme lo establecido en el art. 37, numeral a, y el art. 39 de la Ley N° 27867 (Ley Orgánica de Gobiernos Regionales), el acuerdo regional fue adoptado y el Consejo Regional emitió el Acuerdo Regional N° 109-2011-GRA/CR. En dicho acuerdo, el Consejo Regional ampara la solicitud de la Gerencia Regional y acuerda declarar la situación de emergencia del sistema vial de la Región Ayacucho. Finalmente, es el Consejo Regional, como consta en el acuerdo regional antes mencionado, quien dispone la exoneración de los procesos de selección de las contrataciones y adquisiciones para afrontar la situación de emergencia previamente declarada.

Una vez que el acuerdo es adoptado, sólo corresponde que el órgano ejecutivo del Gobierno Regional cumpla el mismo, pues se encuentra vinculado a dicho mandato. Así, tanto el Presidente Regional, como el Gerente Regional y demás funcionarios integrantes del órgano ejecutivo del Gobierno Regional, se encontraron en la obligación de adoptar las acciones destinadas a cumplir dicho acuerdo. Finalmente, es necesario destacar que ello no significa dar una carta abierta a los funcionarios del ejecutivo, pues sus actos son fiscalizados directamente por el Consejo Regional, quien -conforme también se dispuso en la mencionada resolución- conformó una comisión de fiscalización de las decisiones adoptadas por el ejecutivo.

Ahora bien, para aprobar dicha situación de emergencia mediante resolución ejecutiva regional 1409-2011-GRAPRES, el Presidente Regional debió contar con las opiniones técnicas y legales que sustentaron el pedido, los cuales previamente pasaron por una línea de revisión. Al respecto, la Sala Penal de Apelaciones no señala que el Presidente Regional haya obviado considerar los informes especializados, sino que supone que esté tenía la obligación específica de verificar si el contenido era correcto, es decir si los informes técnicos y legales analizaban correctamente la procedencia de la situación de emergencia.

En ese sentido, debemos afirmar que lo señalado resulta erróneo. La actuación del Presidente Regional, al igual que el Gerente Regional y los funcionarios que directamente no opinaron sobre la existencia técnica o legal de la situación de emergencia, se enmarca dentro del principio de confianza, pues la normatividad que regula sus ámbitos de competencia no les impone el deber de garante de poseer conocimientos técnicos y especializados que les obligue a la verificación de cada una de las acciones de sus subordinados. Exigirles que desconfiaran de los informes técnicos que les presentaron sus subordinados no es un deber que se encuentra dentro de sus funciones. Por el contrario, el Presidente Regional solo cuenta con la obligación de verificar la existencia de informes especializados que sustenten el pedido razonablemente, mas no determinar si el contenido exacto de los mismos es o no correcto. Lo contrario implicaría exigir a dicho funcionario el deber de cumplir con la función de especialistas técnicos y legales, haciendo obsoleto e impracticable el proceso de división de trabajo. Ello resulta más evidente para el caso de los puestos más altos de la estructura, quienes no se encuentran en contacto directo con los especialistas.

4.51. Por otro lado, tenemos que una vez declarada la situación de emergencia, se continuó con el proceso de contratación de carácter excepcional, en el cual el Presidente Regional no intervino, pues correspondía a otros órganos de la entidad su realización (Gerente General, el Jefe de abastecimiento, entre otros). Sin embargo, conforme la acusación fiscal, el Presidente Regional vuelve a intervenir –a su entender de manera delictiva- al hacer caso omiso al oficio emitido por la OSCE -N° E-067-2011/DSU-VVS del 28 de diciembre de 2011, donde se recomendaba que si deje sin efecto el procedimiento de exoneración supervisado por no existir tal situación de emergencia; y a las observaciones planteadas por la Dirección General de Política de Inversiones del Ministerio de Economía y Finanzas, mediante el informe N° 004-2012/EF63.01 del 5 de enero de 2012, que comunica que existen 23 observaciones al proceso de exoneración.

Al respecto, de la revisión de autos, esta Suprema Sala puede advertir que si bien el Presidente Regional continuó con un proceso observado, fue en razón a que levantó dichas observaciones mediante un recurso de reconsideración con fecha 5 de enero de 2012 contra el oficio emitido por el OSCE, que contaba con sustento técnico y legal -realizado por las áreas correspondientes-; y si bien la OSCE mediante oficio N° E-021-2012/DSU PAA del 19 de enero de 2012 comunicó al presidente del Gobierno Regional de Ayacucho que subsisten las observaciones, sin embargo, ello no generaba el cese de la situación de emergencia -pues las necesidades de las zonas afectadas se mantenían y más bien reclamaban la ejecución de acciones inmediatas destinadas a la atención del peligro grave generador del estado de emergencia- ni del proceso administrativo correspondiente. En tanto, a consideración del procesado, se consideró que la OSCE no era el organismo competente que determinara una situación de emergencia, más aún si existía información consistente contrapuesta de carácter técnico que le permitía legítimamente proseguir con la adopción de las medidas urgentes y necesarias, al amparo al principio de confianza.

Por tanto, en el extremo antes señalado, consideramos que el Presidente Regional habría actuado en base al principio de confianza, sustentando su posición en argumentos elaborados por áreas especializadas de la entidad.

4.52. Como se puede advertir, el punto específico de análisis es determinar si el Presidente Regional, el Gerente General, Jefe de Abastecimiento, y los Consejeros actuaron bajo el principio de confianza; o, si ellos tenían la obligación de verificar la correcta elaboración de los informes técnicos que sustentaron la idoneidad de la situación de emergencia y, por ende, desconfiar de los informes técnicos emitidos por los especialistas en prevención de riesgos.

No se puede afirmar que únicamente el estatus de Presidente Regional genera en quien lo ostenta el deber de garante sobre toda la información a detalle que le es alcanzada, incluso aquélla que es de mero trámite. Al encontrarnos dentro de una organización de la complejidad de un Gobierno Regional, se puede advertir mediante la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales Ley N27867, que existen diversos funcionarios que previamente a la intervención del Presidente Regional tienen una intervención. Así, se cuentan con diversas gerencias especializadas -por ejemplo: infraestructura, desarrollo social, económico, etc., que tienen como inmediato superior al Gerente Regional. A su vez, éste tampoco es la persona encargada de determinar si es o no necesaria la declaratoria de la situación de emergencia, sino que son los técnicos especializados en la materia, quienes hacen dicha determinación sobre la base de esos criterios. Advirtiendo el

despliegue de funciones, se puede afirmar que en el caso concreto los informes -técnicos y legales- que arriben al Presidente Regional, al Gerente Regional y a los Consejeros, serán documentos que reflejen una necesidad real de la declaratoria en situación de emergencia. Ninguno de los funcionarios antes señalados, de propia iniciativa, puede decidir la existencia o no de una situación de emergencia, pues ellos se amparan necesariamente en los informes técnicos. Por tanto, su conducta se enmarca dentro del principio de confianza.

4.53. En virtud de lo señalado, se advierte que la resolución de vista, en relación al Presidente Regional, rechaza la falta de imputación objetiva -principio de confianza-, por considerar que en el caso concreto el Presidente Regional contaba con un deber específico de supervisar los informes técnicos y jurídicos que sustentaban la situación de emergencia; sin embargo, como se explicó dicha obligación, como obligación jurídica específica, no existe.

Dicho razonamiento es igualmente aplicable a los otros intervinientes que, por la labor de su cargo, no fueron las personas que elaboraron los informes técnicos y legales pertinentes. Así, se tiene el caso del Gerente General, como el caso de los Consejeros Regionales, pues ninguno tenía un deber de refutar la información establecida en los informes técnicos. En el primer caso, el Gerente General tiene un ámbito de competencias vinculado a la gestión del ejecutivo, mas no a la emisión de criterios técnicos especializados. De igual manera, los Consejeros Regionales se encargan de la función legislativa, es decir, de emitir la declaración de situación de emergencia. Ellos tienen también una función fiscalizadora, pero que se circunscribe -al igual que la función legislativa- a parámetros políticos y no técnicos. Siendo la declaratoria de la situación de emergencia, motivada en criterios técnicos y no políticos.

Finalmente, en el caso del jefe de abastecimiento, el razonamiento es el mismo, pues a éste se le encarga la adquisición de los bienes para paliar la situación de emergencia. En ningún momento él podía cuestionar o dudar de la existencia de dicha situación de emergencia, dado que su cargo se limitaba a decidir las adquisiciones, y no podía decidir si las mismas eran o no correctas.

Por estas razones, el presente extremo del recurso deviene en fundado, debiendo aplicarse el principio de confianza, y -por tanto- declarar atípica la conducta imputada a los recurrentes Oscorima Nuñez, Hinojosa Vivanco, Ayala Hinostroza, De La Cruz Eyzaguirre, Ibarra Salazar, Gamboa Ventura, Quintero Carbajal, Rojas Carhuas, Martínez Vargas, Huamaní Pacotaype, y Cuadros Gonzales.

G. *El significado del procedimiento de regularización de los defectos administrativos realizados en una contratación de emergencia*

4.54. Para el desarrollo del presente tema, resulta necesario remitirnos al artículo 21 de la Ley de Contrataciones del Estado, vigente en el momento de los hechos, que para el presente caso fija la regla de la regularización de los defectos administrativos en los casos de situaciones de emergencia:

"Formalidades de las contrataciones exoneradas:

Las contrataciones derivadas de exoneración de procesos de selección se realizarán de manera directa, previa aprobación mediante Resolución del Titular de la Entidad, Acuerdo del Directorio, del Consejo Regional o del Concejo Municipal, según corresponda, en función a los informes técnico y legal previos que obligatoriamente deberán emitirse.

Copia de dichas Resoluciones o Acuerdos y los informes que los sustentan deben remitirse a la Contraloría General de la República y publicarse en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), dentro de los diez (10) días hábiles de su aprobación, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad. Están exonerados de las publicaciones los casos a que se refiere el inciso d) del artículo 20 de la presente norma. Está prohibida la aprobación de exoneraciones en vía de regularización, a excepción de la causal de situación de emergencia."

A este respecto es oportuno también considerar la sentencia de Casación N°841-2015/Ayacucho, en la cual este Supremo Tribunal sienta como doctrina jurisprudencial, lo siguiente:

"Los defectos administrativos que pueden ser subsanados, vía regularización administrativa, carecen –por sí solos- de relevancia para el Derecho Penal. Ello, porque si la norma administrativa posibilita la regularización de una contratación, el cual a su vez es materia de análisis de la Contraloría General de la República, entonces se trata de defectos que son posibles de ser subsanados. La razón detrás de esta interpretación, que no se presenta en el resto de casos de contrataciones con el Estado, es que –en el marco de una contratación en una situación de emergencia- sea posible la comisión de defectos administrativos. En una contratación en situación de emergencia no se privilegia el cumplimiento de la formalidad administrativa, sino el cumplimiento de las necesidades de prevención de un riesgo o de atención de una determinada situación. Por ello, es que la norma prevé a este tipo de contrataciones como la única que admite la regularización

administrativa. Estos efectos administrativos tendrán relevancia penal si vienen acompañados de otros actos que, distintos al proceso administrativo en sentido estricto, acrediten la comisión de un ilícito penal."

4.55. En el caso concreto, la Sala Penal de Apelaciones, al analizar la imputación por delito de negociación incompatible, parte de la premisa de que la declaración de situación de emergencia es falsa; así cita, demás defectos administrativos en el proceso de exoneración y contratación de maquinaría que demostrarían la configuración del ilícito.

Al respecto, debemos afirmar que dichos defectos administrativos dentro de un proceso de contratación en situación de emergencia, por sí solos no resultan suficientes para acreditar la responsabilidad penal de los intervinientes, sino que se requiere acreditar de manera indubitable un elemento externo al proceso de contratación.

Asimismo, tal como lo hemos referido antes, siendo del caso de que no está probado que los funcionarios hayan obrado con la finalidad de favorecer a terceros, los defectos administrativos que determinó la juez no son suficientes para demostrar el delito y justificar la condena.

En ese sentido, esta Suprema Corte puede advertir que el órgano jurisdiccional de mérito, al partir del presupuesto de que la situación de emergencia era ficticia, no consideró que los defectos administrativos que señala -fuera de la declaratoria de emergencia- son defectos que no configuran por sí solos prueba suficiente del delito de negociación incompatible. Entonces, de comprobarse la idoneidad de la declaración de situación de emergencia no existiría –pese a defectos administrativos en la contratación-, el delito imputado; por tales razones este extremo del recurso interpuesto por los procesados Oscorima Nuñez, Hinojosa Vivanco, Ayala Hinostroza, De La Cruz Eyzaguirre, Ibarra Salazar, Gamboa Ventura, Quintero Carbajal, Rojas Carhuas, Martínez Vargas, Huamaní Pacotaype, y Cuadros Gonzales es fundado.

H. El dolo como elemento subjetivo del tipo penal en el delito de negociación incompatible, y si dicha norma acoge la participación culposa de los cómplices como elemento subjetivo del tipo penal

4.56. Como se pudo apreciar en los fundamentos jurídicos precedentes, la tipicidad subjetiva del delito de negociación incompatible está constituida por dos elementos: 1) el dolo, y 2) el elemento de trascendencia interna -debe existir un interés de obtener un provecho propio o para un tercero-. Así, en lo que se

refiere al dolo, éste es entendido normativamente en razón al rol que cumple el agente. No cabe duda que el delito analizado -artículo 399 del Código Penal- es de carácter doloso, donde se exige al funcionario o servidor público -sujeto activo- portador original del deber de lealtad y probidad de contratar, realizar operaciones en representación del Estado, voluntariamente -con conocimiento- ejecuta sus funciones, prevaleciendo en él un interés particular contrario al de la administración pública, buscando un provecho propio o de tercero.

4.57. De la autoría y participación.- Conforme a nuestra jurisprudencia (a nivel judicial y constitucional), nuestro sistema penal acoge las teorías restrictivas para determinar la autoría y participación en un hecho delictivo. Así, por ejemplo, contamos con la sentencia N°1805- 2005-HC/TC-Lima, caso Cáceda Pedemonte, del 29 de abril de 2005, emitida por el Tribunal Constitucional donde se tomó una determinada posición doctrinal acerca de la intervención delictiva, a partir de la teoría del dominio del hecho.

4.58. Conforme a la teoría del dominio del hecho es autor quien ostenta el dominio sobre el resultado del hecho, y es partícipe quien contribuye con el actuar del denominado autor, sin tener dominio del hecho. En ese sentido, se advierte que la responsabilidad penal del partícipe -pese a no tener control del hecho- reside en brindar un aporte accesorio al autor, para la realización del hecho punible. En el mismo sentido, nuestro Código Penal reconoce dos formas de intervención delictiva: 1) la autoría y 2) la participación. Es pertinente resaltar que el partícipe no tendrá un injusto propio, sino que su intervención se encuentra supeditada a la acción del autor, a la cual accede.

Entonces, la complicidad es definida como la contribución a la realización de un hecho punible cometido, dolosamente, por otro. El cómplice carece del dominio del hecho, que solo es ejercido por el autor del delito. La complicidad tiene dos niveles dependiendo de la importancia de la contribución en el hecho delictivo.

4.59. Conforme se ha señalado en la jurisprudencia precedente (Cas. N°367-2011) mediante el análisis subjetivo del tipo penal se tiene que determinar si la conducta imputada al partícipe fue realizada o no de forma dolosa; en tanto, nuestro Código Penal solo admite la posibilidad de una participación dolosa. Por ello, necesariamente en la imputación subjetiva se tendrá que determinarse si la persona tenía o no conocimiento de que el aporte (objetivamente típico) que estaba realizando, sea esencial o no esencial, servía para la comisión del delito. En ese entender, si el aporte realizado a la configuración típica fue accidental o se trata de una ayuda prestada ocasionalmente sin voluntad no es complicidad, y no

cabe hablar de participación -jurídicamente relevante en nuestro ordenamiento jurídico-. Así, el dolo del cómplice radica en el conocimiento de la clase del hecho al cual coopera, conocer que es un hecho injusto y la voluntad de prestar la colaboración.

4.60. En consideración de lo señalado, se puede afirmar que el tipo penal de negociación incompatible -delito de comisión exclusivamente doloso- en principio admite participación, la cual para ser considerada tal -conforme nuestro ordenamiento jurídico- es necesariamente de carácter doloso. Es decir, los intervinientes considerados como cómplices del delito, deberán haber actuado con conocimiento de que se estaba anteponiendo los intereses particulares al de la administración pública en beneficio propio o de un tercero. El concepto de dolo que se considera a efectos de demostrar la imputación subjetiva -sea del autor o cómplice- es uno de carácter normativo; es decir, la prueba buscará determinar si el sujeto, según el rol que ocupaba en el contexto concreto, tenía o no conocimiento de que la acción que realizaba era constitutiva de un delito, si contribuía o no a la comisión de un ilícito.

4.61. En el caso de autos, se advierte que la sentencia que se dictó en primera instancia absolviendo a los imputados Rojas Carhuas, Martínez Vargas, Huamaní Pacotaype y Cuadros Gonzales, se sustentó considerando que su participación el hecho delictivo se dio de manera culposa. Conforme a los considerandos precedentes, efectivamente, de un análisis estricto de los términos de la imputación, se aprecia que ellos habrían realizado un aporte a, casualmente, permitió celebrar los procesos de exoneración. Nos referimos a la emisión del Acuerdo Regional N° 109-2011-GRA/CR.

Sin embargo, antes de analizar si la conducta es dolosa o culposa, es necesario hacer un análisis de la tipicidad objetiva de la misma. Dicho análisis ya fue realizado anteriormente, concluyéndose en que la conducta desplegada es atípica, en aplicación del filtro de la imputación objetiva denominado principio de confianza.

Por ende, carece de relevancia penal el pronunciamiento sobre el lado subjetivo de la acción, cuando se ha acreditado la inexistencia del aspecto objetivo. Por las razones referidas, el presente extremo del recurso de casación es declarado infundado en lo presentado por Oscorima Nuñez, Hinojosa Vivanco, Ayala Hinostroza, De La Cruz Eyzaguirre, Ibarra Salazar, Gamboa Ventura, Quintero Carbajal, Rojas Carhuas, Martínez Vargas, Huamaní Pacotaype y Cuadros Gonzales.

Cabe precisar que los procesados Rojas Carhuas, Martínez Vargas, Huamaní Pacotaype y Cuadros Gonzales interpusieron sus respectivos recursos de casación [como se señala precedentemente], de modo que al indicarse que la conducta desplegada es atípica, en aplicación del filtro de la imputación objetiva denominado principio de confianza; por ello, se debe confirmar la decisión emitida en primera instancia, en dicho extremo.

134

§134. La finalidad especial en el delito de negociación incompatible

Casación	841-2015-AYACUCHO
Fecha	24 de mayo de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Josué Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 399° del CP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	12° al 23°, y 34° al 37°

RESUMEN:

Con relación al primer elemento típico, El interés indebido sobre un contrato u operación que debe estar a cargo del funcionario público, el elemento central es el interés, siendo posible que existan dos tipos de intereses que puede tener el funcionario: uno debido y uno indebido.

El Segundo elemento es la búsqueda de un provecho propio o de un tercero como consecuencia del quebrantamiento del deber institucional; además del dolo, para tener por acreditada la conducta típica, de presentarse este elemento subjetivo. Ésta es la motivación por la cual el funcionario se interesa en el contrato.

FUNDAMENTOS:

VI. LA DETERMINACIÓN DE LA FINALIDAD ESPECIAL EN EL COMPORTAMIENTO ILÍCITO DE LOS PROCESADOS

A. La finalidad especial en el delito de negociación incompatible

TRIGÉSIMO CUARTO: El delito de negociación incompatible presenta dos elementos típicos: **A.** El interés indebido sobre un contrato u operación que debe estar a cargo del funcionario público. Este elemento típico sintetiza la tipicidad objetiva. **B.** Debe existir un interés de obtener un provecho propio o para un tercero. Este elemento típico pertenece a la tipicidad subjetiva y se constituye como un elemento subjetivo de trascendencia interna.

TRIGÉSIMO QUINTO: Con relación al primer elemento típico, el elemento central es el interés. Es posible que existan dos tipos de intereses que puede tener el funcionario: uno debido y uno indebido. En el primer caso, el funcionario exterioriza su deseo de un cabal cumplimiento de sus funciones en el segmento del poder que se encuentra administrando, por lo que su idea es en todo momento beneficiar a la administración pública.

El segundo tipo de interés es el que forma parte de la conducta incriminada: el interés indebido. Por interés indebido se entiende a aquella situación en que el funcionario tiene un interés que no es el procurar un beneficio para la administración pública, por el contrario, este deber es dejado de lado expresamente por él. Al tratarse de un delito de corrupción y entenderse al delito de negociación incompatible en el marco de los delitos de corrupción de funcionarios, resulta claro que el deber quebrantado es la adecuada gestión del patrimonio estatal. El funcionario se encuentra en un conflicto de intereses al actuar, por un lado, tiene el deber de procurar el beneficio de la institución a la que pertenece y por otro el maximizar el interés (propio o de un tercero).

La vía a través de la cual este interés indebido se manifiesta es de forma directa, indirecta o a través de un acto simulado. El objeto sobre el cual ha de recaer el interés indebido es el contrato u operación en la que interviene por razón de su cargo.

TRIGÉSIMO SEXTO: El segundo elemento es la búsqueda de un provecho propio o de un tercero como consecuencia del quebrantamiento del deber institucional; además del dolo, para tener por acreditada la conducta

típica, de presentarse este elemento subjetivo. Ésta es la motivación por la cual el funcionario se interesa en el contrato.

Al respecto, como ya señalamos, no es necesario que el tercero sea quien se beneficie de la contratación, dado que el tipo penal admite la posibilidad (por su redacción abierta) de que un tercero que no sea el contratante, pueda ser el beneficiado.

El provecho implica el beneficio que va a recibir el funcionario público (cuando es para sí), el tercero, o ambos, como consecuencia de la celebración del contrato o de la operación a cargo del funcionario.

TRIGÉSIMO SÉTIMO: Todos los elementos antes mencionados deben ser materia de prueba en el proceso penal. No es posible derivar la existencia de los mismos, o presumirla, sino que al tratarse de elementos que configuran la conducta incriminada, constituye un deber del Magistrado determinar si existen o no las pruebas que acrediten los elementos antes mencionados.

135

§135. Bien jurídico protegido en el tipo penal del delito de Negociación incompatible

Recurso de Nulidad	677-2016-LIMA
Fecha	17 de mayo del 2017
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Figueroa Navarro.
Jueces Supremos	Pariona Pastrana, Calderón Castillo, Figueroa Navarro, Cevallos Vegas, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Art. 399º del CP

RESUMEN:

En los delitos contra la administración pública, se busca una protección funcional de la misma, no como objeto en sí, sino como organización que debe cumplir fines trascendentes de servicio público y resolución de problemas colectivos. En el caso del tipo penal de negociación incompatible se parte del hecho que, en efecto, como primera línea de protección se encuentra la funcionalidad de la administración pública, cuya eficiencia y eficacia se ve vulnerada por la actuación irregular del funcionario o servidor público que se interesa en el procedimiento en curso, pero ello en modo alguno significa que el objeto jurídico específico de protección sea el patrimonio del Estado.

FUNDAMENTOS:

6.5. Al respecto, es de partir por considerar que en los delitos contra la administración pública, se busca una protección funcional de la misma. Se la protege a la administración pública no como objeto en sí, como estructura, sino como organización que debe cumplir fines trascendentes, de servicio público y resolución de problemas colectivos. Para ello debe contar con recursos que no se circunscriben a los recursos presupuestales o a la disposición de sus bienes

o caudales. Comprende también a la organización, los recursos humanos, la asignación de funciones, la disponibilidad de tiempo para el cumplimiento de su misión, la funcionalidad de su estructura. En este contexto, se entiende que el bien jurídico tutelado tiene un objeto general de protección relacionado con el correcto funcionamiento de la administración pública, como consecuencia de la distribución eficiente y efectiva de sus recursos, para el cumplimiento de sus objetivos estratégicos. Pero, esta primera aproximación resultaría insuficiente para comprender el sentido de la norma constitucional que centra la atención en uno de ellos (el patrimonio estatal). Por tanto, se ha de asumir que en realidad el bien jurídico general, en estos delitos tiene objetos jurídicos específicos de protección, según el contenido de cada tipo penal y de la norma penal que le es subyacente. Además es necesario relacionar el sentido de la protección penal específica (ámbito de protección de la norma penal) con lo que expresó el legislador constituyente cuando menciona que el delito cometido por el funcionario o servidor público atente contra el patrimonio del Estado.

6.6. En el caso del tipo penal de negociación incompatible partimos que, en efecto, como primera línea de protección se encuentra la funcionalidad de la administración pública, cuya eficiencia y eficacia se ve vulnerada por la actuación irregular del funcionario o servidor público que se interesa en el procedimiento en curso. Ciertamente, en nuestro ordenamiento legal, dentro del catálogo de delitos que el Código Penal acoge, el Capítulo II del Título VIII tipifica a los delitos cometidos por funcionarios públicos. Sin embargo, no todos los que conforman este grupo, dentro de su estructura típica, tienen un contenido de afectación al patrimonio público y por tanto, no a todos estos delitos se ha de aplicar la duplicidad del plazo de prescripción de la acción penal. Este criterio ha sido fijado en el Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-l 16, de fecha dieciséis de noviembre de dos mil diez, en cuyo fundamento decimo cuarto, se ha señalado: "Es de *resaltar que no todos los delitos comprendidos allí tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo legal se tiene que analizar si se cumple con el* presupuesto *establecido para prolongar el plazo de prescripción en función a la afectación de los bienes jurídicos* tutelados *vinculados* directamente con et *patrimonio público o sólo afectan el correcta funcionamiento de la* Administración *Pública propiamente dicha,* vulnerando el *ejercicio de* funciones y servicios públicos *bajo pautas de corrección y sometimiento a la legalidad, la observancia de ios* deberes del *cargo como empleo, regularidad y desenvolvimiento normal de tal ejercicio, el* prestigio y *dignidad de la función,* la *imparcialidad* en el desenvolvimiento *decisional, y otros,* desvinculados totalmente de la *afectación del patrimonio del Estado* coma tal y excluidos". Ello es así, pues la administración pública cumple con sus objetivos estratégicos, en el desarrollo de las políticas públicas mediante el adecuado funcionamiento de sus recursos, cuyos componentes Tío solo se circunscriben a

su patrimonio, sino también a los recursos humanos con fundones delimitadas, la organización, el tiempo y la existencia de una estructura determinada, Ello explica que la existencia de una vulneración de un interés patrimonial no esté presente en delitos como corrupción de funcionarios.

5.7. *En tal sentido, tenemos que el tipo penal de Negociación Incompatible tiene como supuesto de hecho el siguiente tenor:* "El funcionario *servidor* público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se *interesa, en* provecho propio *o de* tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene *por razón de su cargo de tal descripción típica, podemos* rescatar que el verbo rector es "interesarse"; esto es, poner una especial atención en el contrato u operación con la finalidad de obtener un provecho propio o ajeno. Por tanto, la norma penal subyacente al tipo penal de negociación incompatible consistiría en el mandato al funcionario o servidor público que está a cargo de un contrato u operación, para que actúe con objetividad y sin sesgo o interés subalterno para cumplir eficaz y eficientemente el contrato u operación encargada. Lo que en buena cuenta significa que el contenido de injusto del interés del funcionario se circunscribe a la desviación de poder del mismo, para favorecerse o favorecer a tercero, con su gestión oficiosa o Irregular, en cualquier contrato u operación en la que ha de intervenir por razón de su cargo. Nótese que el objeto de reproche recae sobre ese interés que muestra el agente. El contenido extra patrimonial de la conducta típica se corrobora aún más con la determinación de la consumación en dicho ilícito y que se configura con el solo hecho de interesarse indebidamente, siendo el provecho propio o de tercero un elemento colateral. En términos de imputación objetiva, el riesgo prohibido con el actuar del agente se verifica con la realización de actos irregulares que dejan trasuntar un interés en usar ei cargo en provecho propio o de tercero, no se aprecia que la conducta del agente esté encaminada a afectar el patrimonio estatal, de ahí que no se exige, para su configuración, que exista perjuicio o en su defecto, un provecho económico para el funcionario o servidor público, solo basta con exteriorizar ese interés para consumar el delito materia de análisis, tanto más si resulta ser un delito de peligro, el cual se configura solo con aquél interés particular del funcionario o servidor público respecto al contrato u operación en que interviene por razón de su cargo.

5.8. Por otro lado, también se ha argumentado que el ataque al erario nacional se evidencio al no seleccionarse a una empresa solvente que cumplía con (os requisitos establecidos en las bases y al frustrarse las '-inversiones, las que estimadas por los propios acusados, estos bordean los cincuenta millones de dólares por lote. Esta línea argumental, carece manifiestamente de sustento de

cara al delito materia de análisis, en tanto el hecho de que se haya seleccionado o no a una empresa para la exploración de los lotes petroleros, no es constitutivo, *per se,* del delito de negociación incompatible, pues como lo hemos mencionado, este delito sanciona el interés del funcionario público en los contratos u operaciones que lleve a cabo la entidad pública. En todo caso, este razonamiento hecho por el recurrente se adecúa más a un delito similar pero de contenido patrimonial más claro como es la colusión agravada.

5.9. Consecuentemente, advirtiéndose que el carácter delictivo del delito de Negociación Incompatible no es de índole patrimonial en perjuicio del Estado, no cabe la aplicación de la duplicidad del plazo de prescripción de la acción penal; ello en mérito al último párrafo del artículo 80° del Código Penal, cuya aplicación sólo se da en casos de delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos cuya conducía atente contra el patrimonio del Estado u organismos sostenidos por este; por lo que la declaración de prescripción de la acción penal, es una decisión fundada en derecho,

G. PREVARICATO

136

§136. Delito de prevaricato y jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Recurso de nulidad	273-2018-HUÁNUCO
Fecha	30 de abril de 2018
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Sequeiros Vargas.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Sequeiros Vargas.
Disposiciones estudiadas	Art. 418 del CP

RESUMEN:

El principio de la unidad de leyes aplicables -ya fuese la ley precedente, la subsecuente, o la intermedia,- es sustituido por el ***principio de combinación****, que prescribe la aplicación de lo más favorable al reo en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales. Con ello no se está creando una tercera Ley o Lex tertia, sino que se está efectivizando un proceso de integración de normas más favorables al reo, que no colisiona con los contenidos del principio de legalidad, sino que –por lo contrario- concuerda con el principio de necesidad de la intervención penal.*

FUNDAMENTOS:

TERCERO. EXAMEN JURISDICCIONAL DE AGRAVIOS

3.1. Del contenido de la acusación y de los previos pronunciamientos jurisdiccionales de fondo, se desprende que la modalidad de prevaricato materia de incriminación es la referida al prevaricato judicial de derecho,

el cual se configura cuando un Juez dicta una resolución manifiestamente contraria al texto claro y expreso de la ley.

3.2. El bien jurídico protegido en el delito de prevaricato radica en la legalidad en el cumplimiento de los actos funcionales referidos a la administración de justicia. En el prevaricato judicial, lo tutelado puntualmente hace referencia a la función estrictamente de los Jueces. No obstante, conviene precisar que no se sanciona cualquier forma de ataque a dicho bien jurídico, sino solo aquella cuyo alcance se encuentre determinado por el tipo penal, por lo que es de afirmar que, en tanto que los Jueces pueden responder por sus actos funcionales también en la vía civil o disciplinaria, lo que se castiga en la vía penal son los incumplimientos más graves de los deberes jurisdiccionales.

3.3. Del diseño de la modalidad delictiva de prevaricato sub examine se tiene que, para su configuración, un primer presupuesto objetivo de tipicidad, de ineludible verificación, radica en la preexistencia de un claro y expreso texto normativo legal, para lo cual resulta adecuado considerar el criterio de la evidencia. Si en el caso concreto, prima facie, se advierte que el texto normativo admite diversas interpretaciones, no podría configurarse el delito.

3.4. Otra fundamental exigencia del tipo consiste en que la resolución que el Juez emite no solo debe inobservar un claro y expreso texto normativo legal, sino también debe, sin más, oponerse o negar la aplicación de dicha normatividad al caso que resuelve, lo cual debe ser notorio. A nivel de la jurisprudencia de la Corte Suprema, se ha señalado incluso que la resolución judicial debe ser de alcance e interés jurídico importante en los derechos subjetivos de los justiciables.

3.5. Si para el respectivo pronunciamiento el Juez se apartara de la precisa y diáfana norma legal, y dejase constancia, en su resolución, puntualmente, de las razones de tal decisión, tampoco podría configurarse el delito, tanto más si el texto normativo en cuestión admite más de un sentido interpretativo. En todo caso, para la subsanación de los meros defectos de motivación, el sistema jurídico prevé la regulación de medios impugnatorios, con los cuales se propende a minimizar o corregir los eventuales errores judiciales.

3.6. En el presente caso, en primer lugar, para efectos de un adecuado esclarecimiento fáctico, conviene referir, ante todo y a manera de antecedente, que el Consejo Nacional de la Magistratura, mediante Resolución número cero cuarenta y cinco dos mil cinco-PCNM, del tres de octubre de dos mil cinco, publicada en el diario oficial El Peruano el

dieciocho de noviembre del mismo año (fojas cuatrocientos veintiséis vuelta a cuatrocientos veintinueve vuelta), decidió dar por concluido el proceso disciplinario seguido contra los Jueces Supremos de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema Vicente Rodolfo Walde Jáuregui, Orlando Miraval Flores, José Vicente Loza Zea, Víctor Segundo Roca Vargas y Manuel León Quintanilla Chacón, imponerles la sanción de destitución y disponer la cancelación de los títulos y todo otro nombramiento que les hubiere otorgado (artículos uno y dos de la resolución).

3.7. Del mismo modo, mediante Resolución número cero cero dos-dos mil cinco-PCNM, del once de noviembre de dos mil cinco, publicada en el diario oficial El Peruano el dieciocho de noviembre de dos mil cinco, el Consejo Nacional de la Magistratura decidió declarar infundados los pedidos de caducidad deducidos, los pedidos de nulidad interpuestos y declarar infundados los recursos de reconsideración interpuestos por los magistrados destituidos (artículos uno, tres y cuatro de la resolución).

3.8. Contra dichas decisiones, Vicente Rodolfo Walde Jáuregui interpuso demanda de amparo, la cual, finalmente, fue declarada fundada por el Tribunal Constitucional, mediante la sentencia recaída en el Expediente número cinco mil ciento cincuenta y seis-dos mil seis-PA/TC, del veintinueve de agosto de dos mil seis, en la cual se determinó que la resolución que le impuso la sanción de destitución no fue debidamente motivada.

Se resolvió específicamente lo siguiente:

1. Declarar fundada la demanda; en consecuencia: a) nulos e inaplicables al caso del recurrente los artículos 1° y 2° de la Resolución N.° 045-2005-PCNM, de fecha 3 de octubre de 2005, y b) nulos e inaplicables al caso del recurrente los artículos 1°, 3° y 4° de la Resolución N.° 051-2005-PCNM, de fecha 11 de noviembre de 2005, sin que ello implique la reposición del demandante en el cargo de vocal supremo.
2. Ordenar al Consejo Nacional de la Magistratura que dicte una nueva resolución, debidamente motivada.

3.9. Conviene precisar que en la referida sentencia del Tribunal Constitucional, el magistrado Vergara Gotelli emitió un voto singular, en el cual, entre otras consideraciones, señaló: "No hay justificación para que, declarada

la nulidad, se restrinja la vuelta del Juez Supremo a su puesto de trabajo, consecuencia inmediata e insoslayable a la decisión de este Colegiado".

3.10. En dicho escenario, Orlando Miraval Flores –destituido por el Consejo Nacional de Magistratura, al igual que Walde Jáuregui, con base en hechos semejantes– interpuso demanda de amparo –fojas dieciséis a sesenta y nueve– y solicitó que se le inapliquen las mencionadas resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura y se ordene que se le reponga en el cargo de Vocal Titular de la Corte Superior de Justicia de Huánuco que venía ejerciendo –conformó la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema como Juez Supremo provisional–.

3.11. La demanda de amparo fue conocida por el encausado Loli Rodríguez, quien, en su condición de Juez Titular del Segundo Juzgado Mixto de Huánuco: i) admitió la demanda a trámite mediante resolución del doce de diciembre de dos mil cinco (fojas doscientos sesenta y siete a doscientos sesenta y ocho); ii) admitió la medida cautelar y ordenó, preventivamente, que se reponga al demandante en el cargo de Vocal Titular de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, mediante resolución del tres de noviembre de dos mil seis (fojas noventa y cuatro a noventa y nueve); y iii) declaró fundada la demanda interpuesta y, en consecuencia, inaplicables para el demandante las resoluciones cuestionadas del Consejo Nacional de la Magistratura; asimismo, dispuso que se le reponga en el cargo de Vocal Titular de la Corte Superior de Justicia de Huánuco que venía ejerciendo hasta antes de su destitución.

3.12. De la sentencia emitida por el Juzgado Superior de Instrucción (fojas mil ciento noventa y nueve a mil doscientos cincuenta y tres) se desprende que solo consideró como delito de prevaricato el hecho consistente en haber ordenado la mencionada reposición en el cargo del demandante. No sucede así con los otros cargos, tales como la admisión a trámite de la demanda de amparo o el haberla declarado fundada.

3.13. En efecto, respecto a tales otros cargos, el A quo refirió, adecuadamente, que, de lo establecido en el numeral siete del artículo cinco del Código Procesal Constitucional y en el artículo ciento cincuenta y cuatro de la Constitución Política del Estado, se concluye que las resoluciones definitivas del Consejo Nacional de la Magistratura, en materia de ratificación y destitución de Jueces y Fiscales, sí son revisables en sede judicial en el supuesto de no haber sido motivadas. Señaló incluso que fue en dicho orden de ideas que el encausado declaró fundada la demanda al encontrar que la resolución

que imponía la sanción de destitución no se encontraba debidamente motivada, para lo cual se basó en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente número cinco mil ciento cincuenta y seis-dos mil seis-PA/TC, del veintinueve de agosto de dos mil seis.

3.14. Para el A quo, puntualmente, constituiría delito de prevaricato el hecho de que el encausado haya ordenado en su resolución, de forma contraria al artículo uno del Código Procesal Constitucional, la reposición en el cargo del demandante, con lo cual, a su vez, tal decisión contravendría el texto expreso y claro de la ley que ordena la debida fundamentación de toda resolución, salvo la de mero trámite.

3.15. El *Ad quem*, en puridad, al confirmar la sentencia de primer grado (fojas mil cuatrocientos veintitrés a mil cuatrocientos veintiséis), estuvo de acuerdo con el A quo en solo considerar como prevaricato dicha conducta. Si bien en el considerando tercero de la sentencia de vista se indica que la hipótesis incriminatoria contra el encausado –consistente en la pluralidad de hechos a los que se hizo referencia– fue confirmada por la actividad probatoria, lo cierto es que de una lectura integral de esta se verifica que se limita a ratificar la sentencia de primera instancia conforme a lo expuesto.

3.16. Cabe añadir que en las sentencias de primer y segundo grado se formulan ciertas consideraciones acerca del carácter obligatorio tanto de la jurisprudencia general que emite el Tribunal Constitucional como de los precedentes vinculantes que establece. De dichas consideraciones se advierte que, para tales órganos jurisdiccionales, el encausado tenía que –pese a no constituir precedente vinculante– haber adoptado el criterio señalado en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente número cinco mil ciento cincuenta y seis-dos mil seis-PA/TC, del veintinueve de agosto de dos mil seis, referida a no ordenar la reposición en el cargo, sino un nuevo pronunciamiento por el Consejo Nacional de la Magistratura.

3.17. Sin perjuicio de que resulta patente que la acusación fiscal no cumple adecuadamente con observar el principio de imputación necesaria, toda vez que no se consigna un aspecto esencial de la imputación dado el tipo penal de prevaricato judicial invocado, como sucede con la norma legal clara y expresa contra la cual se habría pronunciado el encausado en su resolución de modo manifiesto –lo cual sería suficiente para declarar nulas las dos sentencias y la insubsistencia del dictamen acusatorio–, esta Sala Suprema considera que corresponde y cuenta con los elementos necesarios para emitir un pronunciamiento final de fondo acorde a derecho, lo cual

favorece a las partes y al sistema de justicia en general al evitar un desgaste innecesario de jurisdicción (economía procesal).

Para tal efecto se analizará si configura delito de prevaricato la decisión del encausado consistente en disponer, en su condición de Juez, mediante resolución, la reposición de Orlando Miraval Flores en su cargo de Juez, como consecuencia de declarar fundada su demanda de amparo. En dicho análisis se tendrán como supuestas leyes contrariadas en la decisión judicial las referidas en las sentencias de primer y segundo grado, esto es, el artículo uno del Código Procesal Constitucional y del mandato de motivación de sentencias.

3.18. En la línea de análisis trazada, en primer lugar, debe señalarse que en la sentencia cuestionada, que declara fundada la demanda de amparo y ordena la reposición de Orlando Miraval Flores en su cargo de Juez, se expresa en su parte considerativa, en lo concerniente a la reposición, entre otros fundamentos, lo siguiente:

> [...] Considerando que [la] sentencia del Tribunal Constitucional [referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional que declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por Vicente Rodolfo Walde Jáuregui] no es de carácter vinculante, esta judicatura considera que debe reponerse al demandante en el cargo que venía ocupando antes de que se produzca los efectos de las mencionadas resoluciones [referencia a las resoluciones cuestionadas del Consejo Nacional de la Magistratura vinculadas a la destitución del magistrado] en estricta observancia del artículo uno del Código Procesal Constitucional, dado que el objeto y finalidad del proceso de amparo es el reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional.

3.19. El artículo uno del Código Procesal Constitucional señala lo siguiente: "Los procesos a los que se refiere el presente título [que incluye el de amparo] tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional [...]".

3.20. En principio, del texto claro y expreso de la citada norma, que es consecuencia de la uniforme doctrina sobre las garantías constitucionales, se tiene que el efecto inmediato, inclusive cautelarmente, es suspender ipso facto la vulneración del derecho fundamental que se determine. Si lo que se observa es la existencia de amenaza de violación de un derecho

fundamental, corresponderá evitar que este sea vulnerado. En tal sentido, en el presente caso resultaba razonable que, ante la verosimilitud del pedido, se hayan repuesto las cosas al estado anterior a la destitución conforme a lo dispuesto por el encausado en su sentencia, con lo cual se cumplió con el motivo esencial y la razón por antonomasia de la acción de amparo.

3.21. Cabe precisar que, del citado precepto normativo, se observa que, con relación a la "reposición de cosas al estado anterior", pueden admitirse, en referencia al hecho, diversas interpretaciones o aplicaciones. Así, dicho "estado anterior" puede ser la situación inmediatamente anterior a la vulneración o amenaza de vulneración del derecho constitucional, o el escenario que, previo a ello, más favorezca al justiciable.

3.22. De ahí que, en el caso sub examine, dicho precepto normativo no podría ser pasible de prevaricato, tanto más si el encausado en su resolución expresó la razón específica de su decisión de reposición en el cargo. Desde su perspectiva, conlleva a tal medida una interpretación o aplicación estricta del mencionado texto normativo legal, lo cual podría considerarse también como una interpretación de énfasis máximo en la protección de la garantía constitucional del justiciable.

3.23. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la reposición en el cargo de Juez, como producto de haberse declarado fundada una demanda de amparo, ha sido adoptada como posición en ciertos votos singulares de magistrados del Tribunal Constitucional, lo cual aúna más a la consideración de que, de modo alguno, se trata de un asunto pacífico. Así ha sucedido en la propia sentencia del Tribunal Constitucional que resolvió, vía recurso de agravio constitucional, la demanda de amparo de Vicente Rodolfo Walde Jáuregui (cfr. considerando tres punto ocho de la presente Ejecutoria), o en la sentencia del mismo Tribunal que resolvió el recurso de agravio constitucional presentado por el propio Orlando Miraval Flores y que guarda relación con el presente caso.

3.24. En efecto, de conformidad con la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente número dos mil seiscientos nueve-dos mil siete-PA/TC, del diez de octubre de dos mil ocho, se tiene que la sentencia cuestionada, que declaró fundada la demanda de amparo a favor de Orlando Miraval Flores y ordenó su reposición en el cargo de Juez, fue apelada. La respectiva sentencia de vista confirmó la apelada en cuanto a la inaplicabilidad de las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura y la revocó en el extremo relativo a su reincorporación en el cargo que venía

ejerciendo; reformando dicho extremo, dispuso que el Consejo Nacional de la Magistratura dicte una nueva resolución debidamente motivada.

3.25. Ante ello, Miraval Flores interpuso recurso de agravio constitucional en el extremo de la reposición en el cargo. Finalmente, el Tribunal Constitucional, mediante la referida sentencia, declaró infundada la demanda de amparo en el extremo cuestionado. No obstante, los magistrados Vergara Gotelli y Calle Hayen expresaron en sendos votos singulares que sí correspondía la reposición en el cargo del accionante, por lo que opinaron en el sentido de que se declare fundada la demanda en el extremo impugnado.

3.26. Es cierto que el Código Procesal Constitucional, en el último párrafo del artículo sexto de su título preliminar, establece como regla que "los Jueces interpretan y aplican las leyes [...] según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional". No obstante, no configura delito de prevaricato la inobservancia, en una sentencia, de la interpretación o aplicación, respecto a una ley, del Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, entre otras razones, debido a no ser equiparable, en puridad, la jurisprudencia a la ley, tanto más si en la mencionada sentencia se expresan puntualmente los fundamentos de la decisión.

3.27. Debe tenerse en cuenta que nuestra tradición jurídica se adscribe al sistema jurídico del civil law, en el cual la fuente de derecho, ante todo, principal o por excelencia, es la ley. Ello explica que el legislador, al regular el delito de prevaricato, en lo que respecta a las fuentes de derecho, optó por criminalizar una determinada forma de inobservancia de la ley por parte de magistrados, y no sanciona penalmente, de modo alguno, el soslayar, en la resolución, otras fuentes, como sucede con la jurisprudencia. Ya será el órgano jurisdiccional superior en grado o revisor el que determine si la motivación es insuficiente o si cabe integrarla, de ser el caso. Una consideración distinta, que criminalice, sin más, la inobservancia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, vulneraría gravemente el principio de legalidad penal (exigencia de *lex certa* o taxativa).

3.28. En el presente caso, si bien la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huánuco (órgano jurisdiccional que conoció en segunda instancia la demanda de amparo interpuesta por Orlando Miraval Flores) revocó la sentencia expedida por el encausado en el extremo de la reposición en el cargo de Juez del accionante, y ello fue ratificado, por mayoría, por el Tribunal Constitucional, por lo que podría plantearse que la reposición

en el cargo dispuesta por el encausado, en su actuación como Juez del Segundo Juzgado Mixto de Huánuco, no fue motivada, debe señalarse que la determinación respecto a si una decisión judicial tipo sentencia se encuentra motivada, por regla, es un asunto que compete a la jurisdicción dilucidar ante la interposición del respectivo medio impugnatorio, y el resultado del análisis dependerá del criterio jurídico empleado por el Tribunal revisor. La determinación de que la sentencia impugnada no se encuentra motivada, en algún extremo, de modo alguno zonstituye una condición suficiente para que la actuación del A quo configure delito de prevaricato.

3.29. El encausado Loli Rodríguez, en la sentencia cuestionada, no contrarió el texto normativo claro y expreso de una ley. Conforme a lo expuesto en los considerandos precedentes, el artículo uno del Código Procesal Constitucional admite una pluralidad de interpretaciones. Por ello, resulta insostenible que su sentencia haya sido dictada, sin más, con negación u oposición, de modo manifiesto, de un texto normativo legal claro y expreso. Es más, expresó, puntualmente, las razones por las cuales ordenó que el demandante Miraval Flores sea repuesto en el cargo de Juez, lo cual, por lo demás, fue luego revocado.

3.30. En tal sentido, corresponde absolverlo de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito de prevaricato, lo cual implica que su presunción de inocencia se mantiene incólume.

CONSIDERACIÓN ADICIONAL: PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

3.31. El representante del Ministerio Público, en su dictamen fiscal supremo, planteó que la acción penal en el presente caso prescribió el once de enero de dos mil catorce, de ahí que opine en el sentido de que se declare fundada de oficio la prescripción de la acción penal. Al respecto, debe señalarse que, independientemente de la corrección del mencionado planteamiento fiscal, cuando se advierte la existencia de serias y claras razones para absolver y, a la vez, se cae en cuenta de que la acción penal ha prescrito, es de preferir la absolución por ser lo más favorable al procesado y lo que mejor salvaguarda la presunción de inocencia de quien fuera procesado. Tal criterio se consideró adecuado en la solución del caso sub examine.

H. TRÁFICO DE INFLUENCIAS

137

§137. La participación del interesado en el delito de tráfico de influencias y la legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas

Acuerdo Plenario	3-2015/CIJ-116
Fecha	02 de octubre del 2015
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	Villa Stein y Pariona Pastrana
Jueces Supremos	San Martín Castro, Villa Stein, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Loli Bonilla.
Disposiciones estudiadas	Art. 24°, 25° y 400° CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	7° al 11°, y 13° al 17°

RESUMEN:

El "comprador solicitante de influencias", es decir, "el interesado" en el delito de tráfico de influencias, solo podrá ser considerado instigador siempre y cuando sus actos en fase previa a la ejecución hayan creado o reforzado la resolución criminal en el "vendedor de influencias" mediante un influjo psíquico. Naturalmente, en el caso concreto deberá probarse que efectivamente el interesado hizo surgir la resolución criminal del traficante de influencias o reforzó la resolución criminal preconcebida. Por tanto, si la solicitud de influencias del interesado no generó ni fortaleció la resolución criminal del autor, la conducta de aquel deviene en impune, en la medida que el tipo penal no abarca a otra forma de participación para dicho interviniente.

FUNDAMENTOS:

7°. El análisis de este punto debe partir necesariamente del principio de accesoriedad de la participación, que no es sino una concreción del concepto restrictivo de autor. Según este principio, el partícipe ocupa un lugar accesorio respecto del protagonista del delito, esto es, el autor. La doctrina ampliamente mayoritaria conviene en la necesidad de exigir ciertos elementos del delito cometido por el autor para admitir la punibilidad de la participación, tales como que el hecho principal sea típico y antijurídico (accesoriedad limitada) [*VILLA STEIN, Javier: Derecho penal. Parte general, ARA Editores, Lima, 2014, pp. 390 ss.; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: Derecho penal. Parte general, Grijley, Lima, 2006, p. 499*]. En ese sentido, ha de quedar claro que el partícipe desarrolla un papel facilitador de la ejecución del delito y no el rol de ejecutor dueño y señor del hecho. El aporte del partícipe en este sentido, ya sea en fase de preparación o de ejecución, supone su involucramiento en el hecho típico y, por tanto, lo hace penalmente competente por el mismo. Es decir, su prestación debe expresar el sentido de facilitar o posibilitar la ejecución del delito, configurando uno o más de sus componentes típicos [*JAKOBS, Günther: "Intervención delictiva" en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales N° 5, Grijley, Lima, 2004, p. 228 s.; ROBLES PLANAS, RICARDO: La participación en el delito: fundamento y límites, Marcial Pons Editores, Madrid/ Barcelona, 2003, pp. 215 ss.*]. Esta consideración básica resulta de suma importancia para el problema abordado en la medida en que permite delimitar *prima facie* el ámbito de la intervención delictiva y, en consecuencia, sienta las bases para definir el título de imputación del tercero interesado en el delito de tráfico de influencias.

8°. El primer párrafo del artículo 25° CP prevé la regla general de la complicidad primaria, en los siguientes términos:

"El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor".

De igual forma, el artículo 24° del mismo cuerpo de normas regula el instituto de la instigación con el siguiente tenor:

"El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor".

A partir de una interpretación literal de ambos preceptos, hay quienes consideran que no existe inconveniente alguno para que el solicitante de las influencias, esto es, el comprador de las mismas, responda penalmente tanto a título de cómplice (primario), como a título de instigador *[SALINAS SICCHA, Ramiro: Delitos contra la administración pública, Lima, 2009, pp. 573 ss.]*. Sin embargo, aunque una interpretación ceñida al texto de la ley es lo más acorde con el principio de legalidad, el entendimiento trazado en el párrafo anterior sobre la participación del interesado en el delito de tráfico de influencias es demasiado estrecho, ya que no valora la real dimensión de los institutos dogmáticos de la complicidad y la instigación. El cómplice es quien realiza un aporte material (o psicológico) orientado siempre a auxiliar al autor en la realización del tipo penal. A partir de esta premisa, se tiene que el delito de tráfico de influencias admite casos de complicidad [por ejemplo, "A" tiene un proceso civil en el Despacho del juez "B"; "C" le dice a "A" que tiene gran amistad con "B", y, por tanto, puede influir en este pero a cambio de solucionar su problema deberá entregarle mil nuevos soles; en la conversación interviene "D" que reafirma la amistad entre "B" y "C" y la influencia de este sobre aquel. En el ejemplo citado, se advierte, pues, que "C" es autor y "D" cómplice del delito de tráfico de influencias, pues ayudó en la invocación de las mismas realizadas por "C"]; sin embargo, el "comprador o solicitante de influencias" [en este caso, "A"] nunca podrá ser considerado cómplice según los alcances del artículo 25° CP, como la persona que auxilia o colabora dolosamente con la realización del tipo penal, pues para ello tendría que ayudar al "vendedor de influencias" en la realización del verbo rector, esto es, en la invocación de influencias, cosa que es materialmente imposible bajo cualquier circunstancia.

9°. En este sentido, el tercero interesado en el delito de tráfico de influencias, mejor dicho, quien promete o entrega el donativo, la ventaja o el beneficio al autor, no puede ser considerado cómplice de tal ilícito [así lo entiende también la Ejecutoria Suprema de 24 de febrero de 2014 (RN N° 1692-2013)]. En sentido estricto, el "comprador o solicitante de influencias" no presta ningún tipo de colaboración en la comisión del delito —o, más concretamente, en la acción típica prevista por el tipo penal—, en la medida que él es partícipe necesario de un delito de encuentro, su colaboración "necesaria", o enmarcada dentro del rol típico, resultaría impune desde la perspectiva de la complicidad *[ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: Los Delitos contra la administración pública en el Código penal peruano, Lima,*

2001, p. 472]. Aun cuando la intervención del TERCERO interesado en la fenomenología delictiva es indispensable para el hecho globalmente entendido como el comercio ilícito de influencias, resulta claro que su intervención no es propiamente de contribuir a la configuración de los elementos típicos centrales del delito de tráfico de influencias, tales como recibir o solicitar una ventaja indebida tras atribuirse la existencia de dichas influencias.

10º. Es por esta razón que la instigación, entendida como una forma de intervención delictiva consistente en hacer surgir en otro la resolución criminal, o en determinar a otro a la comisión de un delito (término empleado por el artículo 24º CP), se erige en la condición sin la cual el evento delictivo no habría tenido lugar. En otros términos, el instigador es quien, mediante su influjo psíquico, determina a otro a cometer un delito, de manera que de no existir tal influencia el ilícito no se cometería. En esa línea de argumentación debe precisarse que a la conducta del instigador debe ser posible imputarle objetivamente la determinación dolosa del instigado a cometer el delito. Por lo tanto, no basta cualquier tipo de acto persuasivo, sino que el comportamiento del instigador debe ser objetivamente idóneo para provocar en el instigado la decisión inequívoca de cometer el delito. De este modo, este acto comunicativo del instigador hacia al instigado, no está referido a todas las acciones posibles que puede realizar este último para la comisión del delito, sino a aquellas acciones que necesariamente debe realizar para materializar dicho propósito delictivo *[JAKOBS, Günther: Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación (traducción a cargo de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, § 22, núm. marg. 22]*.

En esta medida, considerando siempre que la participación es una forma de intervención accesoria que, por ende, únicamente es posible cuando concurre un hecho cometido por un autor, la actuación del tercero interesado se erige claramente en una instigación. La conducta típica del autor (es decir, el vendedor de las influencias) responde única y sustancialmente al influjo psicológico del tercero interesado, quien lo determina dolosamente a llevar a cabo el hecho principal consistente en ofertar las influencias con el fin de favorecer a este último.

Por lo tanto, siendo el acto de determinación del tercero interesado el que activa el comercio ilícito de influencias o el que, en cualquier caso,

permite o refuerza su efectiva continuación, no expresa socialmente un sentido de facilitación de la conducta típica (no contribuye a la invocación de influencias ni al acto de solicitar o recibir una ventaja indebida), sino el sentido de una determinación e impulso psíquico de cometer el delito. De este modo, el impulso psicológico del tercero interesado no constituye cualquier tipo de aporte para posibilitar el delito, sino que está orientado exclusivamente a la compra de las influencias del autor del delito, resultando así claramente determinante para su concreción. Por lo demás, por imperio del principio de accesoriedad, la punibilidad de la instigación está supeditada a la realización efectiva del injusto típico del delito de tráfico de influencias por parte del instigado o autor, esto es, del vendedor de las influencias.

En consecuencia, el "comprador solicitante de influencias", o "el interesado" en el delito de tráfico de influencias, será instigador cuando no encontrándose el instigado propenso o proclive a actos de corrupción, le haya convencido a éste a cometer el delito. En este caso, como el "comprador solicitante de influencias" habrá hecho nacer del todo la resolución criminal en el autor, no habrá entonces duda alguna sobre su rol de instigador. Ahora bien, en el supuesto de que el autor esté ya decidido a vender las influencias al "comprador o solicitante de influencias", pudiendo parecer mínima la aportación de este último, inclusive en este caso él es instigador pues habrá reforzado la resolución criminal del autor.

11°. En síntesis, el "comprador solicitante de influencias", es decir, "el interesado" en el delito de tráfico de influencias, solo podrá ser considerado instigador siempre y cuando sus actos en fase previa a la ejecución hayan creado o reforzado la resolución criminal en el "vendedor de influencias" mediante un influjo psíquico. Naturalmente, en el caso concreto deberá probarse que efectivamente el interesado hizo surgir la resolución criminal del traficante de influencias o reforzó la resolución criminal preconcebida. Por tanto, si la solicitud de influencias del interesado no generó ni fortaleció la resolución criminal del autor, la conducta de aquel deviene en impune, en la medida que el tipo penal no abarca a otra forma de participación para dicho interviniente.

Legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas

13º. Un delito para ser tal debe satisfacer el presupuesto de legitimación penal, esto es, la conducta practicada debe ser jurídico penalmente relevante en el sentido exigido por el principio de lesividad, consagrado en el artículo IV del Título Preliminar del Código penal, cuya literalidad señala: "*La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley*". En estricto, el sentido de relevancia penal de la conducta se concreta en el tipo penal como una conducta que en el caso concreto comunica el significado de haber superado el riesgo permitido, o de haber rebasado los límites de la libertad general de acción *[CARO JOHN, José Antonio: Normativismo e imputación jurídico-penal. Estudios de Derecho penal funcionalista, Ara Editores, Lima 2010, pp. 29 ss.].* Obviamente, esta materialización de la superación del riesgo permitido se da mediante la puesta en peligro o lesión del bien jurídico tutelado en el correspondiente tipo penal.

14º. Dados estos presupuestos, se tiene que el bien jurídico protegido en las influencias reales es el correcto funcionamiento de la administración pública en tanto el sujeto activo logra determinar la voluntad del funcionario o servidor público. El funcionario se corrompe por la influencia que sobre él ejerce el sujeto activo. Pero en el caso de las influencias simuladas el bien jurídico *protegido es el prestigio y buen nombre de la administración pública [MIR PUIG, Carlos: Delitos contra la administración pública en el nuevo Código penal, en ROJAS VARGAS, Fidel: Delitos contra la administración pública, 4ª ed., Lima 2007, p. 783],* que se ve dañada por el sujeto activo que lucra a costa de ella. Desde esta perspectiva, nos encontramos ante un delito que lesiona efectivamente el bien jurídico protegido por cuanto el sujeto activo logra hacer dar o prometer una ventaja económica al afirmar que tiene influencia en la administración pública. Con ello se cumple con el principio de lesividad en tanto la intervención punitiva sólo se legitima ante la lesión de un bien jurídico fundamental, como es el prestigio y buen nombre de la administración pública, la misma que bien puede ser, a modo de ejemplo, el Poder Judicial y sus jueces.

15º. En un Estado donde no se criminaliza la conducta de alguien que afirma que sus poderes son corruptos, es un Estado inviable. De hecho, el supremo intérprete de la Constitución ha señalado que "en modo alguno [...] necesariamente la persecución penal de los actos de tráfico de influencias

cuando éstas sean simuladas resulte inconstitucional" *[Exp.00017-2011-PI/TC, de 03 de mayo de 2012, F.J. 36]*. La Convención de las Naciones Unidad contra la Corrupción señala en su artículo 18° que "Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) la promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona; b) la solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido".

Con esto se evidencia que con la criminalización del tráfico de influencias, no solo se está protegiendo bienes jurídicos fundamentales para la sociedad en un Estado de Derecho, sino que se está dando cumplimiento a la Convención contra la Corrupción suscrita por el Perú. Asimismo, en la medida que el Tribunal Constitucional no encuentra disconformidad con la persecución penal del tráfico de influencias simulado, se entiende que su punición es deseable en tanto optimiza la lucha contra la corrupción.

16°. No existe entonces ningún inconveniente para defender el carácter punible, esto es, la relevancia jurídico-penal de la modalidad de tráfico de influencias simuladas del artículo 400° del Código Penal. El invocar influencias simuladas es acorde con el principio de lesividad; su castigo a nivel penal no es una medida legislativa desproporcionada, en la medida que desde una perspectiva *ex ante* en el caso concreto la conducta de *invocar* sea objetivamente idónea, tanto para poner en riesgo el bien jurídico protegido, como para lesionar el bien *jurídico prestigio y buen nombre de la administración pública*, que, en buena cuenta, garantizan la credibilidad de la administración pública. Además, en la medida que el injusto de los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos, como el de las influencias simuladas, consiste en la vulneración de determinados presupuestos que sirven a la seguridad de otros bienes jurídicos, aquellos

son, por tanto, delitos de lesión desde la perspectiva del bien jurídico colectivo, y, consecuentemente, coherentes con el principio de lesividad *[DOVAL PAÍS, Antonio: "Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios", en Cuadernos de Derecho Judicial (36), 1994, p. 46; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel: El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal, Valladolid, 1999, pp. 67 ss. y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: Derecho penal económico y de la empresa. Parte general, 3ª ed., Valencia 2011, p. 197].*

17º. En consecuencia, en el delito de tráfico de influencias simuladas la acción se reprime por su idoneidad para lesionar el bien jurídico *prestigio y buen nombre de la administración pública.* Esta capacidad lesiva de la acción típica manifiesta, por tanto, una relación efectiva con el bien jurídico protegido, y, con ello, una conformidad con el principio de lesividad.

138

§138. Tráfico de influencias: Libre ejercicio de la abogacía como causal de justificación del delito de Tráfico de Influencias Simuladas

Casación	374-2015 – LIMA
Fecha	13 de noviembre de 2015
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Neyra Flores.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodriguéz Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores, Loli Bonilla.
Disposiciones estudiadas	Art. 400° del Código Penal. Arts. 22°, 25° y 29° del Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú y art. 57° y 63° del Código de Ética del Abogado.

RESUMEN:

En atención a que existen diversos grados de afectación al bien jurídico, debe analizarse la forma en que se cometió el ilícito, la modalidad típica utilizada, la alarma social entre otros criterios: de ahí que el profesional en derecho podría alegar que actuó dentro del ejercicio de sus funciones, si es que las influencias simuladas que ofrece implican el uso legal de los medios y recursos para defender un derecho o permitir una actuación, pues la afectación será mínima al prestigio de la Administración Pública, por lo que, ante esta lesión menor, el interés que contiene el ejercicio de la abogacía recogido por la Constitución Política del Estado y la libertad de trabajo, que no tiene por fin vulnerar el ordenamiento jurídico, prevalecerá.

FUNDAMENTOS:

III. LA TIPICIDAD DEL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS SIMULADAS.

DECIMO PRIMERO: El tipo penal recogido en el primer párrafo del artículo cuatrocientos del Código Penal sanciona a quien invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un TERCERO, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que conocerá, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo. Del análisis de este tipo penal, tenemos: a) El núcleo rector se encuentra expresado con la frase "invocando influencias con el ofrecimiento de interceder", esta expresión marca la especificidad típica de esta modalidad de corrupción. b) Las frases "recibir, hacer, dar o prometer" configuran modalidades delictivas, que no bastan para configurar el delito. c) "Donativo, promesa o cualquier ventaja", son los medios corruptores. d) "Con el ofrecimiento de (...)" constituye el componente teleológico de la conducta, es el destino de la acción ilícita.

DECIMO SEGUNDO: El delito de tráfico de influencias simuladas es de peligro y de simple actividad que significa: i) Atribuirse poseer influencias ante un funcionario o servidor público será un acto preparatorio del delito. ii) El tráfico de la propia mediación: el ofrecimiento de interceder, es un acto ejecutivo. iii) La recepción del dinero, utilidad o promesa, es un acto consumación. En el presente caso –tráfico de influencias simuladas-se debe precisar que los catos realizados luego de la consumación, es decir, el hecho que no se haya apersonado a los procesos en trámite, no presentado los escritos, recursos, informes, no son punibles como actos de tráfico de influencias, de ahí el análisis de la conducta del imputado por este delito sólo corresponde al acto de traficar que realiza el autor sobre un particular, es decir, limitado por el núcleo rector.

DECIMO TERCERO: Este verbo rector de, invocar influencias con el ofrecimiento de interceder, por lo general obedece a propuestas expresas efectuadas directamente por el traficante al interesado, las cuales consistirán en la afirmación o la atribución que el sujeto tendría la capacidad de influir en el funcionario público, es decir, el agente sin legitimidad para obrar invoca la capacidad o posibilidad de orientar o manipular la conducta de este en una dirección determinada. Estos ofrecimientos y los actos que derivan de ello, por máximas de la experiencia se realizan subrepticiamente, de forma clandestina no pública.

DECIMO CUARTO: Al cumplirse con esta conducta, se estaría realizando los actos ejecutivos del delito de tráfico de influencias simuladas. Sobre ello, han existido una serie de cuestionamientos, José Hurtado pozo, Fidel Rojas Vargas, Peña Cabrera y Muñoz Conde, entre otros, señalan que el peligro de perturbar de manera efectiva la decisión de parte de un funcionario o servidor público al ser muy lejano y en ocasiones vacuo, contravendría en principio de subsidiariedad del Derecho Penal.

DECIMO QUINTO: De ahí que el bien jurídico de este tipo penal no podría ser el normal desarrollo o correcto funcionamiento de la Administración Pública, ni la imparcialidad de esta. Lo más concreto es que protege la imagen y prestigio de la Administración Pública y de forma mediata su regular funcionamiento. Esta mínima lesividad de los actos que se tipifican en el delito de tráfico de influencias simuladas, por la ineficacia a la afectación del bien jurídico citado, se deben de tomar en cuenta al momento de efectuar alguna interpretación, de conformidad con –el carácter subsidiario y fragmentario del Derecho Penal *(principio de ultima ratio).*

DECIMO séptimo: A diferencia de la tipicidad, que es un análisis sobre si la conducta encaja en el tipo penal y es aceptada socialmente, en esta categoría se determina si individualmente el ordenamiento jurídico la autoriza, por ello el análisis se hace caso por caso y ponderando una serie de principios que determinaran si la conducta se permite o no.

DECIMO OCTAVO: i) La antijuricidad implica un doble análisis sobre la conducta del sujeto activo: a) Antijuricidad formal, es decir, que la conducta sea contraria al ordenamiento jurídico. b) Antijuricidad material, que la conducta lesione el bien jurídico, es en esta donde se analizará si está justificada. **ii)** Puede existir colisión de bienes jurídicos de tal forma que se puede sacrificar el interés menos valioso, por lo que la lesión o puesta en peligro de este sólo será materialmente antijurídica cuando es contraria a los fines del ordenamiento jurídico. Criterio que prima al momento de evaluar las causas de justificación, conforme con la doctrina mayoritaria.

DECIMO NOVENO: Uno de estas causas de exención de responsabilidad es el ejercicio legítimo de una profesión u oficio, regulado en el inciso ocho del artículo veinte del Código Penal, que tiene su fundamento en el derecho a la libertad de trabajo, por lo que , la conducta del sujeto activo que lesiona un bien jurídico al desarrollar una profesión u oficio, no será antijurídica si es que se realizó de acuerdo al ordenamiento jurídico, es decir, que el agente haya actuado respetando las normas constitucionales y dentro del marco legal, general

o especial, pertinente, en atención al principio de interés preponderante. El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente número tres mil ochocientos treinta y tres-dos mil ocho-AA/TC, de treinta de junio de dos mil diez, ha señalado que el derecho al libre ejercicio de la profesión es uno de aquellos que forma parte del contenido de otro. En concreto el derecho a la libertad de trabajo, reconocido por el artículo dos inciso quine de la constitución. Como tal. Garantiza que una persona puede ejercer libremente la profesión para la cual se ha formado, como medio de realización personal. Ello no significa que el derecho al libre ejercicio de la profesión, en tanto derecho fundamental, sea ajeno a las limitaciones establecidas por ley.

VIGÉSIMO QUINTO: Dentro de la normativa de rango legal, el artículo doscientos noventa y tres de la Ley Orgánica del Poder Judicial, señala que el abogado tiene derecho a defender o prestar asesoramiento a sus patrocinados ante las autoridades judiciales, parlamentarias, políticas, administrativas, policiales y militares y ante las entidades puede impedir este ejercicio, bajo responsabilidad. Así también, el Código de Ética del Abogado, aprobado por Resolución de Presidencia de Junta de Decanos uno-dos mil doce-JDCAP-P, del catorce de abril de dos mil doce, señala en su glosario de términos, que el ejercicio profesional del abogado posee diversas manifestaciones, entre las que incluye desempeñarse como litigante, asesor legal, gerente legal, (...) y todo aquel otro trabajo profesional o académico donde el abogado utilice dichos conocimientos.

VIGÉSIMO SEXTO: Entonces, conforme con esta última norma citada, la actividad del abogado tiene que ver con todo lo que realiza en materia jurídica: litigar, juzgar, enseñar, etc. El derecho de asistencia del abogado debe consistir primariamente, en la facultad de elección de un abogado de confianza, de la persona que el imputado considere mas adecuada para ello. El abogado viene a asistir a su defendido precisamente en función de sus intereses individuales, realizando una función de apoyo técnico, sin virtualidad decisoria. Cuando se ejerce como abogado particular se puede dividir en tres: a) Actividades de transacción. b) Asesoría jurídica. c) Defensa de un proceso o procedimiento. En la primera el abogado presta sus servicios para constituir empresas, asumir la dirección de las mismas, actuar en conciliaciones, o negociar entre partes en conflicto al margen de alguna institución. La asesoría jurídica sirve para explicar al cliente los alcances jurídicos de una situación en este ámbito, los efectos de seguir adelante un proceso o expresarle la estrategia de litigación que se planea utilizar antes de ingresar a la defensa en el proceso. Producto de ello, la tercera actividad, es la defensa en juicio, que se da cuando el abogado brinda servicios

en un proceso. Por lo que sus labores son amplias y puede desenvolverse en cualquiera de estos ámbitos.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: En consecuencia, es lícita la actividad del abogado que se realice de forma privada, como pública, siempre que esté acorde a Ley (artículo uno del Código de Ética del Abogado), su esencia es defender los derechos de sus patrocinados (artículo cinco del citado Código, honrando la confianza depositada en su labor), el abogado presta servicios profesiones a su cliente. Al hacerlo, debe actuar con responsabilidad y diligencia, y está obligado a cumplir con los deberes de información, confidencialidad, lealtad y otros (artículo doce). El abogado puede aceptar patrocinar todo tipo de causas incluso si conoce de la responsabilidad o culpabilidad del cliente, debiendo emplear todos los medios lícitos que garanticen el debido proceso y el reconocimiento de sus derechos dentro del marco jurídico aplicable (artículo dieciocho). Es deber del abogado defender el interés del cliente de manera diligente y con un elevado estándar de competencia profesional (artículo veintisiete). Como señala el citado Código en su artículo setenta y dos, es derecho del cliente proponer en cualquier momento la intervención en el asunto de un abogado adicional. También lo es del abogado apartarse del asunto si discrepa de la propuesta del cliente. Por último, el artículo cincuenta señala que el abogado y su cliente establecerán, de mutuo acuerdo y libremente, el importe y modalidad de los honorarios profesionales, debiendo tomarse como base para fijarlos la tabla de honorarios mínimos del respectivo Código de Abogados.

EJERCICIO DE LA ABOGACÍA Y PRESTIGIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

TRIGÉSIMO TERCERO: El abogado desde el punto de vista legal debe actuar con sujeción a la ley, y desde lo ético, a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe. Contenido básico que permite el ejercicio de la abogacía. Frente a ello, el tipo penal de tráfico de influencias se opone a la actividad del abogado, toda vez que algunas conductas no tienen respaldo jurídico. Se debe precisar, de conformidad con el considerando décimo segundo que el acto que analiza para establecer la tipicidad y antijuricidad de la conducta de tráfico de influencias es la que ocurre desde los actos ejecutivos hasta la consumación, es decir, los actos de ofreces las influencias y recibir un beneficio o promesa a cambio, por ende, los posteriores actos del abogado no podrán ser evaluados respectos a este delito, pero sí de conformidad con otros tipos penales.

TRIGÉSIMO CUARTO: Según los actos graves que tipifica y sanciona el Código de ética, como se ve del considerando vigésimo noveno, y la lesividad del delito de tráfico de influencias, a modo de ejemplo, el abogado que ofrezca sus servicios para dar una dádiva al funcionario o servidor público no podrá alegar que se encuentra protegido por su actividad profesional. Tampoco el hecho de ofrecer tratar su asunto con la autoridad que conoce de estos, al margen de los medios y procedimientos permitidos por la ley. Ni que un abogado ofrezca influenciar ante alguna autoridad que implique una injerencia para su ejecución imparcial e independiente, lo que significa el ofrecimiento que recoge el tipo penal del tráfico de influencias reales. En sentido similar, cuando el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente número tres mil ochocientos treinta y tres- dos mil ocho AA/TC, al analizar el inciso cuatro del artículo doscientos ochenta y seis de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece que no puede patrocinar el abogado que ha sido destituido de cargo judicial o público, señala que esta norma tiene por finalidad evitar una colusión ilegal, favorecimiento indebido u otros delitos de naturaleza análoga, que pongan en peligro los fines constitucionales del sistema de administración de justicia y la confianza ciudadana en la judicatura. Lo que evidencia una postura por evitar del ordenamiento jurídico por evitas conductas graves que afecten intensamente el bien jurídico correcta administración pública.

TRIGÉSIMO QUINTO: En el caso del tráfico de influencias simuladas, el tratamiento será distinto, pues no hay un peligro real de afectar la imparcialidad, objetividad o independencia del funcionario, tampoco existe una acto de corrupción, que sanciona otros tipos penales. Dependiendo del ofrecimiento que se haga, solo podría existir una apariencia de corrupción, que sanciona otros tipos penales. Dependiendo del ofrecimiento que se haga, solo podría existir una apariencia de corrupción de la Administración Pública.

TRIGÉSIMO SEXTO: Por ello, y en atención a que existen diversos grados de afectación al bien jurídico, debe analizarse la forma en que se cometió el ilícito, la modalidad típica utilizada, la alarma social entre otros criterios: de ahí que el profesional en derecho podría alegar que actuó dentro del ejercicio de sus funciones, si es que las influencias simuladas que ofrece implican el uso legal de los medios y recursos para defender un derecho o permitir una actuación, pues la afectación será mínima al prestigio de la Administración Pública, por lo que, ante esta lesión menor, el interés que contiene el ejercicio de la abogacía recogido por la Constitución Política del Estado y la libertad de trabajo, que no tiene por fin vulnerar el ordenamiento jurídico, prevalecerá. Lo que concuerda con la

actividad profesional que se adecua a los cánones expuestos en el considerando trigésimo.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: La justificación elimina el injusto , sin perjuicio de lo que establece la ley Orgánica del Poder Judicial y el Código de ética citado, que al no tener contenido penal, no será materia de pronunciamiento y deberá verse en la vía legal correspondiente, pues el Derecho Penal al ser *ultima ratio* solo analiza conductas que afectan considerablemente bienes jurídicos (principios de subsidiariedad y lesividad).

I. ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

139

§139. Enriquecimiento ilícito

Casación	782-2015 – DEL SANTA
Fecha	29 de enero de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Villa Stein
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 401° del CP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	2° al 13°

RESUMEN:

Resulta que el delito de enriquecimiento ilícito siempre ha conservado en su estructura -a excepción de la primera redacción del artículo- un elemento: el incremento patrimonial del funcionario. Esto implica dos condiciones, la primera que exista un incremento del patrimonio; y la segunda que dicho patrimonio aumentado sea del funcionario o servidor público

FUNDAMENTOS:

FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

2. A la fecha en que es redactada la presente sentencia, se tiene como precedente la sentencia recaída en la casación N° 343-2012 del 16 de abril de 2013. En esta última se desarrollaron parte de los temas que hoy nos ocupan, siendo la solución a la que arribaron coincidente con el criterio de

este supremo tribunal. Por tanto, aquello que ya ha sido objeto de análisis en la misma, no será analizado sino para complementar algo en la presente sentencia.

3. Una de las conclusiones más importantes a las que se arribó en la casación Nº 343-2012 fue el contenido de la prohibición del delito de enriquecimiento ilícito del artículo 401° del Código Penal, no ha variado en su núcleo esencial a lo largo del tiempo pese a haberse variado la terminología empleada en sus sucesivas modificatorias. En buena cuenta, la norma de conducta de la norma penal ha permanecido en el tiempo.

4. Ello tuvo especial eco al momento de abordar la locución introducida por la última modificatoria del 26 de noviembre de 2013, esto es el "abusando de su cargo". A primera vista pareciera que se ha condicionado el enriquecimiento ilícito a un uso indebido del cargo de funcionario público. Sin embargo, una interpretación a ultranza de esto podría concluir en que el supuesto de hecho ahora no se limita al patrimonio del funcionario o servidor público incrementado de modo injustificado.

5. No obstante, la casación Nº 343-2012 también abordó ese tema, y haciendo un análisis histórico del tipo penal del artículo 401°, determinó que la locución "abusando de su cargo" era el equivalente a "por razón de su cargo". Es decir que hacen referencia al vínculo funcional que debe estar presente al momento en que acontece el enriquecimiento ilícito.

6. Esta explicación se ve reforzada al hacer un análisis teleológico del delito de enriquecimiento ilícito. Así tenemos que dicha figura es un tipo subsidiario que se imputa al funcionario o servidor público a quien no se le puede imputar otro delito específico, pero que ha incrementado su patrimonio de modo irrazonable en relación a sus ingresos lícitos. De allí que al no poderse explicar de ninguna otra manera el origen lícito del incremento patrimonial del funcionario o servidor público, se entiende que ese superávit económico obedece a algún tipo de abuso -uso indebido- del cargo que ostenta.

7. Pues bien, resulta que el delito de enriquecimiento ilícito siempre ha conservado en su estructura -a excepción de la primera redacción del artículo- un elemento: el incremento patrimonial del funcionario. Esto implica dos condiciones, la primera que exista un incremento del patrimonio; y la segunda que dicho patrimonio aumentado sea del funcionario o servidor público.

8. A simple vista parecería que todo es claro. Cuando el incremento del patrimonio sea de un tercero distinto al funcionario o servidor público investigado, el delito no se configura. Sin embargo, una solución así de tajante podría resultar demasiado simplista y ajena a la realidad. Lo cierto es que la experiencia nos enseña que si alguien se enriquece abusando de su cargo público, tendrá la inclinación a no permitir que el dinero mal habido figure a su nombre. Esto normalmente lo perseguirá incrementando el patrimonio de otra persona de modo simulado, ejerciendo el dominio de los bienes de facto. Es decir, empleará testaferros.

9. En esta hipótesis lo que tenemos es que el autor del enriquecimiento ilícito estaría realizando de mano propia el delito de enriquecimiento ilícito por cuanto en realidad incrementa sus bienes disimulándose como no propietario. Por tanto, en estos supuestos se tendrá que probar dicha simulación. La pregunta que inmediatamente nos asalta es qué tipo de intervención delictiva es atribuible al testaferro.

10. El artículo 26° del Código Penal recoge la tesis de la ruptura del título de imputación. Esto significa que en los delitos especiales, el status del autor impide que se pueda imputar responsabilidad penal a otra persona distinta de él. La razón estriba en que los delitos especiales criminalizan conductas que sólo pueden desplegar ciertos sujetos, y de hecho el desvalor de la conducta está en función a esa condición especial que tiene la persona. Si lo que permite sancionar es esa condición particular del agente, todo aquel que no la tenga escapa al radio punitivo de la norma por aplicación del principio de legalidad.

11. Así las cosas, el artículo 25° del Código Penal que prevé la complicidad para quien realiza un aporte esencial, en el caso del cómplice primario; u no esencial, en el caso del cómplice secundario, resulta de imposible aplicación al delito de enriquecimiento ilícito. La razón hunde sus raíces en lo ya expresado, nadie más que el sujeto con status puede quebrantar la norma de conducta, y todo apoyo aporte que reciba escapará al radio punitivo de la norma que sólo pretende alcanzar a un sujeto con condiciones especiales. La misma lógica se puede aplicar a la inducción.

12. Finalmente, llama la atención que en la redacción actual del artículo 401° del Código Penal, se dice que el aumento del patrimonio o del gasto del funcionario público son indicios de enriquecimiento ilícito. Esta parte del tipo penal no configura la conducta típica, lo que ha hecho es introducir como indicio notable el incremento del patrimonio o el gasto

del funcionario. Sin embargo de la literalidad de esta norma, se desprende que como indicio que es, no es prueba de enriquecimiento ilícito, sino que tendrá que reunir todas las reglas de la prueba indiciaria para desplegar eficacia probatoria.

13. Cabe precisar al respecto, que el indicio de incremento patrimonial o del gasto es indicio si se predican de un funcionario o servidor público. Y en su condición de indicio, no prueba los hechos, sino que abre la posibilidad a su posterior investigación y ahondamiento con pruebas capaces de confirmar los hechos materia de imputación. Ello debido a que el derecho constitucional a la presunción de inocencia se mantiene imponiendo la carga de la prueba al Ministerio Público. Este indicio solo se le puede aplicar al funcionario o servidor público, no operará cuando se trate de un tercero que pudiera tener algún tipo de relación con el funcionario o servidor público investigado por el delito de enriquecimiento ilícito.

J. LAVADO DE ACTIVOS

140

§140. Delito de lavado de activos y medidas de coerción reales

Acuerdo Plenario	7-2011/CJ-116
Fecha	06 de diciembre del 2011
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	Prado Saldarriaga y Neyra Flores.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Villa Stein, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Neyra Flores, Villa Bonilla, Calderón Castillo y Santa María Morillo.
Disposiciones estudiadas	Arts. 323º, 324º y 325º del CP.; Ley 27765.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	6° al 21°

RESUMEN:

Si bien por lo general las operaciones de lavado de activos tienen lugar con posterioridad a la obtención de los ingresos ilícitos que generó la actividad delictiva desplegada por un TERCERO o por el propio actor de las operaciones de legitimación de activos, de manera que el lavado constituye un producto derivado y ulterior de dicha actividad delictiva; la clara distinción sólo es factible y evidente en relación con actos iniciales de colocación –conversión- que se ejecutan con activos líquidos o dinero obtenido directa e inequívocamente de una conducta delictiva previa. En este sentido, ***son viables también las alternativas de realización de delitos de lavado de modo posterior o anterior a la consumación o tentativa del delito fuente de los activos ilegales.***

*Las medidas de coerción reales recogidas en el NCPP que podrán aplicarse en los procesos por delitos de lavados de activos -sean **a)** Embargo, **b)** Incautación, **c)** Medidas anticipativas, **d)** Medidas preventivas, y/o **e)** Inhibición-, tendrán como finalidad impedir que durante el proceso determinadas actuaciones dañosas o perjudiciales por parte del encausado afecten la efectividad de la sentencia o la eficacia del proceso. Por tanto, su finalidad es la protección de las pruebas o medios de prueba.*

*Las medidas coercitivas reales que se pueden aplicar en el proceso penal por delito de lavado de activos en los Distritos Judiciales en los que la reforma procesal penal no está vigente para este delito son: **a)** Incautación, apertura e interceptación de documentos privados, libros contables, bienes y correspondencia; **b)** Embargo u orden de inhibición para disponer o grabar bienes que se inscribirán en Registros Públicos cuando corresponda; **c)** Inmovilización de bienes muebles y clausura temporal de locales; así como la Ley de Perdida de Dominio N° 29212.*

FUNDAMENTOS:

"**Antecedentes:**

6°. El 16 de noviembre de 2010 las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República aprobaron el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116, sobre el delito de lavado de activos. La recepción favorable de esta decisión judicial se debió, especialmente, a su utilidad práctica para el tratamiento judicial de una modalidad de criminalidad no convencional y organizada, que en los últimos dos años ha adquirido relevante presencia en el país.

7°. No obstante, la casuística reciente en torno a la investigación y aplicación de medidas cautelares en los procesos incoados por delitos de lavado de activos viene mostrando reiteradas discrepancias en el proceder de los órganos encargados de la persecución penal. En efecto, tal como lo ha planteado la Procuraduría Especializada en Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas, en la audiencia pública del pasado dos de noviembre, la visión y actitud de tales órganos e instituciones frente a hechos calificados jurídicamente como operaciones de lavado de activos no siempre resulta homogénea. En tal sentido, se ha requerido la emisión de un Acuerdo Plenario complementario del proferido el año 2010 que concentre sus aportes y alcances hermenéuticos en los siguientes problemas:

A. Delito fuente y configuración del tipo legal de lavado de activos.

B. Agotamiento del delito y el tipo legal de lavado de activos.

C. Las medidas de coerción reales en el delito de lavado de activos.

Delito fuente y configuración del tipo legal de lavado de activos:

8°. El lavado de activos es un delito que se expresa como un proceso o secuencia de actos o etapas que dogmáticamente adquieren autonomía típica, así como un desarrollo operativo y un momento consumativo diferentes. Al respecto, se suele señalar la realización sucesiva de actos de colocación, intercalación e integración, a los cuales la legislación penal vigente califica como conversión, transferencia, ocultamiento y tenencia, respectivamente.

En coherencia con este enfoque y distribución de las operaciones de lavado de activos, la doctrina se refiere de manera uniforme a los actos de conversión y transferencia como conductas iniciales orientadas a mutar la apariencia y el origen de los activos generados ilícitamente con prácticas del crimen organizado, cuya consumación adquiere forma instantánea. En cambio, al identificar los actos de ocultamiento y de tenencia, se alude a ellos como actividades finales destinadas a conservar la apariencia de legitimidad que adquirieron los activos de origen ilícito merced a los actos realizados en las etapas anteriores, razón por la cual se les asigna una modalidad consumativa permanente [VÍCTOR ROBERTO PRADO SALDARRIAGA: *Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo*, Editorial Grijley, Lima, 2007, p. 162 y ss].

9°. Por lo general las operaciones de lavado de activos tienen lugar con posterioridad a la obtención de los ingresos ilícitos que generó la actividad delictiva desplegada por un TERCERO o por el propio actor de las operaciones de legitimación de activos. Tales activos constituyen un producto derivado y ulterior de dicha actividad delictiva y constituyen, por tanto, el objeto potencial de futuras acciones de lavado. Sin embargo, esta clara distinción sólo es factible y evidente en relación con actos iniciales de colocación –conversión- que se ejecutan con activos líquidos o dinero obtenido directa e inequívocamente de una conducta delictiva previa.

En estos casos se requerirá, siempre, que los beneficios económicos ilegales se hayan pactado para ser entregados luego de la consumación del delito que los generó. Por ejemplo: X pacta con Y el suministro de armas a

cambio de una elevada suma de dinero que será entregada al momento de la recepción del armamento, esto es, un pago contra entrega. Si la entrega ocurre y se recibe el precio acordado, todo lo que se haga luego para dar apariencia de legitimidad a tales ingresos será un acto o delito de lavado de activos.

En cambio, si el suministro en tránsito de las armas se frustra por la policía o porque la nave encalla y sufre hundimiento o naufragio, no habrá, en consecuencia, pago alguno a recibir ni tampoco ingresos ilegales que motiven la necesidad de posteriores actos de lavado. En tales casos no cabe promover acción penal por delito de lavado de activos, pero sí por el delito de tráfico de armas.

10°. Es posible, sin embargo, otros supuestos:

A. Que el pago por la venta ilícita se haga antes de la entrega o pago por adelantado.

B. Que parte del pago recibido se utilice para la adquisición de medios de transporte (aeronaves, barcos o vehículos) que trasladarán la carga ilegal al comprador, y a los cuales se les ha registrado falsamente como transporte de carga de bienes lícitos o como de recreo.

En estos dos casos, la adquisición, el registro o la travesía pueden ser calificados, en sí mismos, como operaciones de lavado de activos, ya que procuran ocultar el origen de ingresos provenientes de acciones delictivas. Es más, de ser exitosa la entrega del armamento, los medios de transporte empleados se mantendrán como parte del patrimonio ya lavado del traficante.

Se trata, entonces, de evidentes conductas de intercaiación –transferencia- o incluso de integración –ocultamiento o tenencia- que corresponden a la etapa intermedia y final de dicho delito no convencional. Incluso, en estos supuestos, sería posible la presencia de concursos ideal o real de delitos, según el caso.

11°. Vistas, así, las posibilidades alternativas de realización de delitos de lavado de modo posterior o anterior a la consumación o tentativa del delito fuente de los activos ilegales, no cabe excluir *a priori* una investigación por lavado de activos ni tampoco evitar o desestimar la aplicación de las medidas coercitivas reales que correspondan.

Agotamiento del delito y lavado de activos:

12°. La doctrina clásica solía referirse al agotamiento de un hecho punible como una fase del *"iter criminis"* posterior a la consumación, pero intrascendente para la punibilidad del delito cometido por el agente. Se le calificaba como el hecho de "*obtener el injusto provecho*" que aquél se propuso. No obstante, su utilidad dogmática se presentó siempre como discutible o fue abiertamente negada (LUIS JIMÉNEZ DE ASUA: *Tratado de Derecho Penal -Tomo VII,* 2ª. Edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1977, p. 978 y ss.).

13°. El agotamiento del delito era entendido, pues, como alcanzar materialmente la finalidad que perseguía e impulsó al agente a cometer un delito. En el ámbito de los delitos patrimoniales, de ejecución instantánea e individual, se asociaba al agotamiento con el disfrute de las ganancias ilícitamente obtenidas, incluso a través de las transformaciones de las mismas en otros bienes: compra de inmuebles, vehículos de lujo, etcétera. La posición común de los autores era que esos actos posteriores a la consumación de un hurto, robo o estafa carecían de un significado punitivo distinto al generado por el delito ya consumado.

14°. Sin embargo, el agotamiento deja de ser irrelevante para la dogmática moderna cuando en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1998 se promueve la criminalización autónoma y específica de los actos de lavado de dinero. Tal cambio de perspectiva se sustentó, fundamentalmente, en el hecho cierto de que las ganancias obtenidas ilícitamente se erigían en el capital de organizaciones delictivas, el cual debía ser incautado y, luego, decomisado como estrategia para debilitar el accionar futuro de tales estructuras criminales o impedir su reinversión en fines ilícitos.

A partir de este antecedente, todo agotamiento del delito deviene en la comisión de un ulterior delito de lavado de activos, **(i)** sea que se produzca una transformación de las ganancias ilegales provenientes del crimen organizado o que se proceda simplemente a su ocultamiento o traslado físico encubierto; **(ii)** sea que se disfruten tales ganancias o que solamente se procure asegurar las mismas; **(iii)** sea que intervenga en ello el propio delincuente generador del ingreso ilegal o que este contrate a TERCEROs para lavar tales recursos y disimular su origen delictivo.

15°. Por tanto, el agotamiento, otrora impune y dependiente, se ha trocado hoy en un delito de lavado de activos punible y autónomo. En tal virtud, es posible –y legalmente necesario- aplicar las medidas de coerción pertinentes a los actos de transformación que se ejecuten con los bienes provenientes de un delito consumado por el mismo agente o por TERCEROs.

Medidas de coerción reales en el delito de lavado de activos:

16°. Las medidas de coerción reales, son actos de autoridad, plasmados a través de una resolución jurisdiccional, y regidas por el principio dispositivo, mediante los cuales se asegura las consecuencias jurídicas económicas del delito y las costas procesales. Su reconocimiento legal es consecuencia de la acumulación de acciones: penal y civil, en el proceso penal.

Las citadas medidas recaen sobre el patrimonio del imputado o sus bienes jurídicos patrimoniales, limitándolos con la finalidad de impedir que durante el proceso determinadas actuaciones dañosas o perjudiciales por parte del encausado afecten la efectividad de la sentencia o la eficacia del proceso. Están dirigidas a la protección de las pruebas o medios de prueba [en puridad, de fuentes de investigación o de prueba], lo que en síntesis quiere decir salvaguardar o proteger el proceso [JOSÉ ANTONIO NEYRA FLORES: *Manual del Nuevo Proceso Penal y Litigación Oral*, Editorial Idemsa, Lima, 2010. pp. 487-488 y 491]. Su finalidad estriba en asegurar el futuro cumplimiento de las responsabilidades civiles derivadas de la comisión del hecho punible, y de las penas pecuniarias y consecuencias accesorias, amén de las costas; es decir, de las responsabilidades pecuniarias que en definitiva pueden declararse procedentes.

Las notas características o elementos de las medidas de coerción real son las comunes a todas las medidas de coerción. El artículo 315°.1 del Código Procesal Penal de 2004 –en adelante, NCPP- insiste en el principio de variabilidad, respecto del que destaca que la variación, sustitución o cese está en función a "*...las circunstancias del caso y con arreglo al principio de proporcionalidad...*".

17°. Como las responsabilidades pecuniarias pueden ser de diferente tipo, las medidas reales pueden ser susceptibles de la siguiente clasificación:

A. Medidas reales penales. Su objeto es garantizar la efectividad de los pronunciamientos de naturaleza penal y procesal penal de la sentencia

y que posean un contenido patrimonial: multa, decomiso, pago de costas.

B. Medidas reales civiles. Son propias del proceso civil acumulado. Tienden a asegurar la ejecución de los pronunciamientos de naturaleza civil y contenido patrimonial de la sentencia que se dicte: restitución, reparación e indemnización.

18°. El NCPP identifica cinco medidas de coerción real, que muy bien pueden ser aplicadas a los procesos por delito de lavado de activos: **1)** inhibición; **2)** embargo -el PRIMERO y el SEGUNDO, inmovilizan bienes del patrimonio del imputado o responsable civil-; **3)** incautación; **4)** medidas anticipativas; **5)** medidas preventiva contra las personas jurídicas, que son anticipativas en su esencia.

Si bien el NCPP sólo reconoce las medidas anticipativas genéricas (artículo 312° NCPP) e incorpora algunas medidas anticipadas específicas: desalojo preventivo y pensión anticipada de alimentos (artículos 311° y 314° NCPP), no existe obstáculo, a partir de poder cautelar genérico de que está investida la autoridad jurisdiccional y de aplicación supletoria de la Ley Procesal Común: el Código Procesal Civil, de incorporar las denominadas medidas innovativas y de no innovar, que apuntan a provocar un cambio de la situación existente al tiempo de peticionarlas. Las primeras, reponen el estado de hecho o de derecho cuya alteración sería el sustento del delito cometido en agravio de la víctima; y, las segundas conservan la situación de hecho de derecho presentada al incoarse el proceso (artículos 682° y 687° CPC).

19°. Como es sabido, los presupuestos de las medidas de coerción real son dos:

A. El *fumus delicti comissi*, consiste en la existencia de indicios racionales de criminalidad –es la denominada "apariencia y justificación del derecho subjetivo", que en el proceso penal importa, como acota GIMENO SENDRA, una "*...razonada atribución del hecho punible a una persona determinada*" [Derecho Procesal Penal, 2da. Edición, Editorial Colex, Madrid, 2007, p. 501]). Ha de existir una imputación formal contra una persona determinada. El juicio de probabilidad delictiva es mencionado específicamente por el artículo 303°.3 NCPP, aún cuando se refiera sólo al embargo y, por extensión expresa, a la orden de inhibición. El *fumus* debe referirse,

de un lado, a un delito que haya ocasionado un daño o perjuicio material o moral; y, de otro, a que los referidos indicios –ciertamente "procedimentales"- evidencien una relación de causalidad con el sujeto contra el que se adoptan: imputado o TERCERO civil.

No es necesaria una acreditación específica cuando se dicte sentencia condenatoria, aún cuando fuera impugnada.

B. El SEGUNDO presupuesto es el *periculum in mora*, es el peligro o daño jurídico derivado del retardo del procedimiento. Consiste en el riesgo de daño para la efectividad de la tutela judicial pretendida en el proceso principal. Se debe acreditar la concreta probabilidad de que se produzcan, durante la pendencia del proceso, situaciones que impidan o dificulten la efectividad del procedimiento penal y civil de condena, que pueda incorporar la sentencia penal -peligro de infructuosidad-. En el proceso penal, se concreta por el "peligro de fuga" o de ocultación personal o patrimonial del imputado [VICENTE GIMENO SENDRA, *Ibidem*, p. 592].

Lo relevante del *periculum* es la comprobación de la extensión del daño causado por el imputado como consecuencia del delito perpetrado y, a su vez, medir el tiempo necesario que todo proceso, cuyo retraso puede hacer ineficaz la respuesta jurisdiccional si no se adoptan medidas tendentes a mantener la situación presente, o a evitar maniobras lesivas para los derechos de la víctima -en el caso del lavado de activos, al Estado- derivadas del comportamiento del imputado [AGUSTÍN-JESÚS PÉREZ-CRUZ MARTÍN Y OTROS: *Derecho Procesal Penal*, Editorial Civitas, Madrid, 2009].

Es de tener en claro, que el *periculum*, en lo civil, tiene una configuración objetiva: no se requiere necesariamente que se haya producido cierto comportamiento del imputado, ni menos una intención de este de causar perjuicio al actor. El peligro se materializa en las posibilidades del responsable civil, durante el tiempo del proceso, de que se dedique a distraer, dilapidar u ocultar sus bienes, real o ficticiamente, para hacer impracticable la satisfacción de las consecuencias jurídico - económicas. Si la solvencia, honestidad y arraigo del imputado –siempre en el plano civil, que no penal- estuvieran acreditados, decae y no se justifica su imposición. El artículo 303°.3 NCPP, en tal virtud, estipula: "...*por las características*

del hecho o del imputado, exista riesgo fundado de insolvencia del imputado o de ocultamiento o desaparición del bien".

20°. Es de destacar, en el procedimiento de coerción real, por lo menos dos situaciones precisas:

A. La oportunidad para solicitar una medida de coerción real. La regla, por cierto, es que su requerimiento se realiza parcialmente en sede de diligencias preliminares policiales –en el caso de aseguramiento de documentos privados, y secuestros e incautaciones preliminares (artículo 68°, apartado 1, literales "i" y "k", NCPP); y, regularmente, en el curso de las primera diligencias y durante la investigación preparatoria (entre otros, artículos 302°, 310°, 316° NCPP). Asimismo, tales medidas pueden solicitarse, siempre por la parte procesal legitimada, en sede intermedia (artículos 349°.4 y 350°.1.c, y 353°.3 NCPP –supuesto último, que incluso autoriza al Juez de la Investigación Preparatoria a pronunciarse de oficio si fuere necesario sobre las medidas de coerción-).

B. El NCPP fija un procedimiento para determinar la decisión del trámite: con o sin traslado al afecto: imputado o responsable civil. La regla general para la imposición de las medidas de coerción real, guiada siempre por el principio de rogación de la parte procesal legitimada es el previo traslado a las partes, en especial a la parte afectada, por el término de tres días (artículo 315°.2 NCPP). Empero, por razones obvias, rige la regla del artículo 203°.2 NCPP, tal exigencia de contradicción previa se aplicará siempre que "...*no existiere riesgo fundado de pérdida de finalidad de la medida...*"; esta imposibilidad y los derechos de impugnación que ulteriormente se reconoce, evita considerar que tal procedimiento vulnera la prohibición de indefensión. No se realiza el trámite de audiencia, sino el de simple traslado: su lógica es la escrituralidad del procedimiento (artículo 315°.2 NCPP), aunque es posible en situaciones excepcionales, debidamente explicadas en la decisión, ir al trámite de audiencia (artículo 203°.2 NCPP).

21°. Las medidas coercitivas reales que se pueden aplicar en el proceso penal por delito de lavado de activos, en los Distritos Judiciales que la reforma procesal penal no está vigente para este delito, con el Código de Procedimientos Penales de 1940 –en adelante, ACPP-, son las previstas en su artículo 94° y la Ley N° 27379, del 20 de diciembre de 2000, que en

su listado de delitos inicialmente no la incluía, tipificado en los artículos 296°-A y 296°-B del Código Penal y, posteriormente, sistematizado en la Ley N° 27765 *"Ley Penal contra el lavado de activos"*, del 20 de junio de 2002, incorporado a la Ley N° 27379, del 20 de diciembre de 2000, mediante Decreto Legislativo N° 988, del 22 de julio de 2007, son: **a)** Incautación, apertura e interceptación de documentos privados, libros contables, bienes y correspondencia; **b)** Embargo u orden de inhibición para disponer o grabar bienes que se inscribirán en Registros Públicos cuando corresponda; **c)** Inmovilización de bienes muebles y clausura temporal de locales; así como la Ley de Perdida de Dominio N° 29212, del 16 de abril de 2008. La incautación citada inicialmente, puede erigirse en inicialmente en una medida instrumental restrictiva de derechos –garantiza el proceso de conocimiento del hecho delictivo-, pero a su vez –en orden a la entidad y fin ulterior de lo incautado- puede devenir en una incautación cautelar o coercitiva." (Sic.)

141

§141. Configuración del tipo penal del delito de Lavado de activos

Acuerdo Plenario	3-2010/CJ-116
Fecha	16 de noviembre del 2010
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	Prado Saldarriaga.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Barandiarán Dempwolf, Calderón Castillo y Santa María Morillo.
Disposiciones estudiadas	Arts. 323°, 324° y 325° del CP.; Ley 27765.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	7° al 38°

RESUMEN:

La tipificación de los actos de lavado de activos regulados en la Ley 27765 resguardan una pluralidad de bienes jurídicos que son afectados o que son puestos en peligro de modo simultáneo o sucesivo durante las etapas y operaciones delictivas que ejecuta el agente.

*Es un **delito de resultado** que requiere para su consumación que se verifique necesariamente si el agente logró con su conducta, al menos momentáneamente: dificultar la identificación de su ilícito origen o su incautación o decomiso. De no producirse el resultado, nos encontraremos ante un caso de tentativa.*

*Asimismo, es un **delito netamente doloso** que podrá incluir la modalidad eventual. No obstante, **no se exige que el agente conozca de qué delito previo se trata**, ni cuándo se cometió éste, ni quiénes lo ocasionaron, ni que dicho delito fuente esté sometido a investigación, proceso judicial o sentencia condenatoria. **Basta que se determine mediante prueba indiciaria la procedencia delictiva** del dinero,*

bienes, efectos o ganancias que –en el caso concreto- permita la exclusión de otros posibles orígenes.

El valor económico o el monto dinerario de los activos involucrados en las distintas modalidades de lavado de activos, carecen de significado para la tipicidad penalidad del delito.

FUNDAMENTOS:

"La naturaleza jurídica y el bien jurídico en el delito de lavado de activos:

7°. Se identifica como lavado de activos a todo acto o procedimiento realizado para dar una apariencia de legitimidad a los bienes y capitales que tienen un origen ilícito. El Lavado de Activos es un delito no convencional y constituye en la actualidad un notorio exponente de la moderna criminalidad organizada. Desde la promulgación de la Ley N° 27765 del 17 de junio de 2002, este ilícito penal se encuentra tipificado y sancionado fuera del Código Penal de 1991. Es por ello que en la actualidad la identificación del bien jurídico tutelado en este tipo de hecho punible ya no puede deducirse de la ubicación sistemática que tenían en la Parte Especial de nuestra legislación penal fundamental, los derogados artículos 296° A y 296° B. Por consiguiente, el precisar la calidad y alcances del bien jurídico tutelado en el lavado de activos constituye un primer problema dogmático que se debe abordar en este Acuerdo Plenario.

Es frecuente en la doctrina y en el derecho penal extranjero, considerar como el bien jurídico tutelado con la criminalización del lavado de activos a las funciones, o a la estabilidad o al régimen jurídico que regula la actividad económica de un país.

Tal opción es en algunos casos coherente por la ubicación sistemática que corresponde a dicho delito en los códigos penales. Así, por ejemplo, el derecho penal español inserta a los delitos de lavado de activos como conductas afines a la receptación (Artículos 301° a 304°) en el Titulo XIII del Código Penal de 1995 sobre "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico". En ese contexto, GOMEZ INIESTA destaca la potencialidad negativa del blanqueo la cual *"reside en la desestabilización del mercado y de la economía"* [Cfr. DIEGO J. GÓMEZ INIESTA. El Delito de Blanqueo de Capitales en Derecho Español. CEDECS Editorial. Barcelona. 1996, p. 34]. Por su parte, otros autores, como DEL CARPIO DELGADO, rechazan tal calificación por

lo difuso y omnicomprensivo que resulta considerar como bien jurídico tutelado al orden socioeconónomico, demandando, en cambio, mayor concreción y relación directa o funcional de aquél con la operatividad del blanqueo de capitales: "*En definitiva, el orden socioeconómico no constituye el bien jurídico inmediatamente protegido por el delito de blanqueo de bienes. El legislador a través de las distintas conductas tipificadas en el Titulo XIII, protege algunas esferas, elementos o intereses del orden socioeconómico. Pues bien, aquí está el centro de la cuestión, en qué medida la tipificación de las conductas constitutivas de blanqueo de bienes contribuyen a la protección de ese orden socioeconómico y más específicamente, que elemento o qué esfera de éste se está protegiendo. En nuestra opinión es la circulación de los bienes en el mercado como elemento indispensable para su normal funcionamiento y de la economía en general, el bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de bienes*" [Cfr. JUANA DEL CARPIO DELGADO. El Delito de Blanqueo de Bienes en el Nuevo Código Penal. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1997, p.81].

8°. En el derecho penal colombiano, donde el lavado de activos también se incluye entre los Delitos contra el Orden Económico Social (Artículos 323° a 325° del Código Penal), la doctrina ha asumido posiciones similares a las debatidas en España como se aprecia en la propuesta hermenéutica sostenida por HERNÁNDEZ QUINTERO: "*...es preciso concluir que el delito de lavado de activos es quizá uno de los comportamientos que con mayor vehemencia vulnera el orden económico social de un país, al punto que distorsiona la economía, generando problemas de inflación, devaluación, revaluación y la conocida por algunos como la enfermedad holandesa, que no es más que el fenómeno que se produce en un país cuando se presenta, en forma simultánea, una elevada inflación acompañada de un proceso de marcada recesión en el nivel de la actividad económica*" [Cfr. HERNANDO HERNÁNDEZ QUINTERO. El lavado de Activos. Segunda Edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Santa Fe de Bogotá. 1997, p.94].

Incluso en otros sistemas jurídicos, donde se ubica al delito de lavado de activos en conexión con otros bienes jurídicos diferentes como la salud pública, debido a su tradicional vinculación con el delito tráfico ilícito de drogas, los especialistas también tienden a considerar la protección de bienes jurídicos específicos y propios de la actividad económica. En tal sentido LANGON CUÑARRO, comentando la legislación uruguaya

de la materia, señala: *"Se ha discutido intensamente sobre cuál es el bien jurídico protegido por esta y las otras formas de legitimación de activos, siendo evidente que no puede sostenerse que lo que se protege es la salud pública, que sólo vendría a ser, en el mejor de los casos, un interés apenas indirectamente protegido, como puede serlo cualquier otro en general. En realidad la disputa se reduce a considerar si se protege la administración de justicia (por su evidente parentesco con el delito de encubrimiento y receptación) o el orden socio económico del Estado. Yo adhiero a esta segunda posición, por lo cual estrictamente las figuras deberían estudiarse sistemáticamente, entre aquellas que afectan la economía y la hacienda públicas (Título IX del* CP.*), dejándolas aquí sólo por tradición y para permitir una lectura más orgánica de la ley que las contiene, que es la que prevé los delitos contra el tráfico ilícito de drogas, que si afectan la salud pública"* [Cfr. MIGUEL LANGON CUÑARRO. Código Penal. Tomo II. Universidad de Montevideo. Montevideo. 2004, p. 272].

9°. Sin embargo, la posibilidad dogmática que ofrece la legislación peruana para asimilar esta tendencia a reconocer aspectos o funciones de la economía como el bien jurídico tutelado requiere atender previamente varios aspectos. En primer lugar, el derecho nacional no coloca al lavado de activos como un delito típicamente económico. En SEGUNDO lugar, no es del todo acertado asumir que el lavado de activos sólo colisiona con bienes jurídicos macrosociales de carácter funcional, como el orden económico o el sistema financiero de un país. Fundamentalmente, porque si bien es cierto que los principales efectos del este delito pueden distorsionar los indicadores y la estabilidad de la economía de una sociedad, también lo es que no siempre los procedimientos de blanqueado de capitales contradicen las formas o límites de la regulación económica, financiera y tributaria fijada por los Estados. Ello se demuestra claramente con la existencia y permanencia "estables" y en "crecimiento", de las economías de los países que operan como "paraísos fiscales o financieros". Efectivamente, como destacan algunos autores: *"el orden socioeconómico no puede constituirse en bien jurídico protegido por el delito de Blanqueo de bienes ya que no puede olvidarse que alguna fase específica del blanqueo de bienes, en algunos casos concretos es beneficiosa para el orden socioeconómico. Téngase como ejemplo el funcionamiento de la economía de los países conocidos como paraísos fiscales. En éstos, el mantenimiento y la mejora de sus variables económicas, tanto en la creación de empleo como en la obtención de divisas, se debe precisamente a*

la existencia de un poderoso sector de servicios, especialmente financiero cuya finalidad específica es la captación de bienes económicos extranjeros siendo indiferente si tienen su origen o no en un hecho delictivo" [Cfr. JUANA DEL CARPIO DELGADO. El Delito de Blanqueo de Bienes en el Nuevo Código Penal. Ob. Cit., ps. 79 y 80].

10°. Otro sector, cada vez más minoritario de la doctrina y la legislación contemporánea, se inclina por señalar al lavado de activos como un delito que atenta contra el bien jurídico administración de justicia. Por lo general, también esta tendencia se respalda en la ubicación legislativa que tiene dicho delito o por su evidente similitud con las formas convencionales del encubrimiento o favorecimiento real. Como distingue BOTTKE, para esta opción: *"El blanqueo de dinero se erige en sabotaje de la persecución y recriminación penales justificadas por la necesidad y en la puesta en peligro o frustración de la producción procesal penal del comiso de las ganancias del hecho delictivo y los costes productivos del comiso de producta et instrumenta sceleris. Se erige en sabotaje del comiso de ganancias, comiso de efectos e instrumentos y del aseguramiento. Supone el especial fracaso de las consecuencias del delito. Supone el fracaso penal"* [Cfr. WIFRIED BOTTKE. Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania., en Revista Penal N° 2. Julio 1998, p. 12]. En la audiencia pública realizada el 4 de noviembre como preámbulo de este Acuerdo Plenario de deslizó también esta posición por parte de una de las instituciones participantes [Cfr. Ponencia del Instituto de Ciencia Procesal Penal expuesta por la Profesora Dra. MARÍA DEL CARMEN GARCÍA CANTIZANO].

Si enfocamos únicamente al lavado de activos desde un ángulo puramente operativo, la administración de justicia resulta ser el bien jurídico más próximo al ámbito de influencia del delito que analizamos, ya que los activos obtenidos ilegalmente por el crimen organizado o los bienes que fueron adquiridos con dinero sucio, tienen la calidad material de efectos del delito. Por ello se explica que subsista en el derecho extranjero alguna predilección por asimilar los actos de lavado de activos a la estructura típica del delito de encubrimiento real. Es decir, valorar a tales conductas como un modo de ocultar los efectos de un hecho punible perjudicando así la recta y oportuna acción de la justicia [Cfr. ALBERTO NÉSTOR CAFETZOGLUS. Delitos con Drogas. Ed. Centro Norte. Buenos Aires. 1991, p. 81]. Un ejemplo elocuente de ello lo encontramos en el Código Penal Italiano [Cfr. Artículos 648° *bis* y 648° *ter*]. Sin embargo, lo lineal y

convencional del enfoque político–criminal que sustenta a esta posición, no resulta compatible ni adaptable a los fines y a la dinámica contemporánea de las distintas operaciones que se califican como actos propios de lavado de activos. Sobre todo porque como afirma FABIAN CAPARROS, tales conductas no están dirigidas únicamente *"a evitar la persecución del delito previo, toda vez que su fin prioritario estriba en distanciar progresivamente las ganancias de su origen para así dotarlas de una apariencia de licitud y, de este modo, poderlas reinvertir en el mercado. Por lo tanto, el encubrimiento no es el objetivo que inspira el origen de una operación de reciclado, sino una consecuencia colateral, quizá necesaria, de la que también se beneficia el delincuente"* [Cfr. EDUARDO FABIÁN CAPARRÓS. El Delito de Blanqueo de Capitales. Editorial Cólex. Madrid. 1998, p. 262].

Ahora bien, en referencia al derecho penal nacional tal adscripción exclusiva y excluyente de tutela penal, a favor del bien jurídico administración de justicia, también debe desestimarse a partir de la decisión legislativa de extraer al delito de lavado de activos del Código Penal. En efecto, si el legislador peruano hubiera considerado a tal ilícito como lesivo a la función judicial penal, le hubiera bastado para reprimirlo con modificar la redacción y los alcances del artículo 405° del Código Penal. Según esta disposición: *"El que dificulta la acción de la justicia procurando la desaparición de las huellas o prueba del delito u ocultando los efectos del mismo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años"*. Pero esa no fue la decisión adoptada por nuestra legislación. Es más, incluso en la etapa final de la elaboración de la Ley 27765 se rechazó la estructura del Proyecto de la Comisión que presidía la Congresista Susana Higushi, la cual, justamente, proponía incluir al lavado de activos entre los delitos contra la función jurisdiccional.

11°. Al margen de las dos propuestas examinadas sobre la calificación del bien jurídico tutelado en el delito de lavado de activos, las que, además, también engloban a otras opciones de menor consenso y mucho más específicas como la transparencia de las operaciones que tienen lugar en el circuito de la intermediación financiera o la posibilidad de restitución a su titular de los bienes ilícitamente obtenidos, hoy en día es también frecuente encontrar en la doctrina una alusión directa al carácter pluriofensivo del lavado de activos. Esto es, a su conexión plural con la afectación sucesiva o simultanea de varios bienes jurídicos. Incluso en la propia doctrina española coexisten autores muy

caracterizados como ZARAGOZA AGUADO, que coinciden en señalar que *"No cabe duda que el blanqueo de dinero es una actividad criminal pluriofensiva, pues son variados los bienes que se tratan de proteger con su incriminación de forma mediata e inmediata. Su ubicación dentro del título de los delitos contra el orden socioeconómico parece dar a entender que éste es el bien jurídico que se protege de modo directo e inmediato"* [Cfr. JAVIER ZARAGOZA AGUADO. El Blanqueo de Bienes de Origen Criminal. Separata del Curso Combate al Lavado de Dinero desde los Sistemas Judiciales. CICAD–DEVIDA. Lima. Setiembre de 2002. p, 12]. Por su parte, FABIAN CAPARROS también pone de relieve las bondades funcionales y técnicas de esta tendencia en los términos siguientes: *"Con toda probabilidad, las conductas del reciclaje inciden negativamente -si bien en diferente medida- sobre una serie de intereses sociales a los que ahora no vamos a volver a referirnos. Desde este punto de vista compartimos la opinión de Vives Antón, Prado Saldarriaga o Vidales Rodríguez, quienes creen que el lavado de capitales ilegales ostenta los rasgos de una figura pluriofensiva"* [Cfr. EDUARDO FABIÁN CAPARRÓS. El Delito de Blanqueo de Capitales. Ob. Cit., p. 238].

12°. Los autores nacionales al comentar la Ley 27765, asumen también una postura a favor de la pluriofensividad del lavado de activos. Por ejemplo, BRAMONT–ARIAS TORRES destaca lo siguiente: *"Nuestra opinión del bien jurídico es que nos encontramos ante un delito pluriofensivo, donde se lesionan varios bienes jurídicos. Si bien consideramos que el delito de Lavado de Activos es un delito socioeconómico, por lo que en el fondo el bien jurídico principal de protección es el orden económico, y dentro del mismo específicamente el tráfico ilícito de bienes que debe imperar en toda sociedad, lo cual se vería afectado con la circulación de bienes ilícitos"* [Cfr. LUIS ALBERTO BRAMONT– ARIAS TORRES. Algunas Precisiones Referentes a la Ley Penal contra el Lavado de Activos. Libro Homenaje al Profesor Luis Alberto Bramont Arias. Editorial San Marcos. Lima. 2003, p. 521]. En términos semejantes se pronuncia GÁLVEZ VILLEGAS: *"Estos actos de lavado o legalización de bienes o activos de procedencia ilícita, que si bien directamente afectan al orden o sistema económico, revisten también la condición de conductas pluriofensivas de distintos bienes jurídicos penalmente relevantes, y, por ello, tienen enorme trascendencia en la vida política, económica y social del país -y de la comunidad internacional-, ya que trastocan el orden económico–financiero, afectando su legitimidad y transparencia, a la vez que dificultan la planificación y política*

económica estatales" [Cfr. TOMÁS ALADINO GÁLVEZ VILLEGAS. El Delito de Lavado de Activos. Editora Jurídica Grijley. Lima. 2004, p .xv]. No obstante, cabe señalar que esa pluralidad de bienes jurídicos comprometidos fue formulada en nuestra doctrina incluso desde que el delito de lavado de activos fuera incorporado a la legislación peruana a inicios de los años noventa, y a pesar de su inclusión entre los delitos de tráfico ilícito de drogas: *" Ahora bien, la criminalización del lavado de dinero fue concebida por la política internacional antidroga como una posibilidad de control, destinada a neutralizar el modus operandi del narcotráfico a través de la interdicción y congelamiento de los capitales de inversión y reserva que permiten mantener en actividad a las organizaciones que se dedican a la producción y/o comercialización de drogas ilegales. Es, pues, desde ese objetivo funcional que deberá de ensayarse toda posible interpretación o discusión acerca del bien jurídico tutelado que está detrás de la penalización de los actos de lavado. En tal sentido, las limitaciones e inconvenientes que evidencian las diferentes posiciones que hemos reseñado se explican, sobre todo, por lo unilateral de sus enfoques acerca del delito y de su relevancia político–criminal, y que dejan, más bien, en un segundo plano, los criterios funcionales de eficacia y eficiencia de la criminalización. Para nosotros, por tanto, el lavado de dinero no está orientado hacia la afectación de un bien jurídico exclusivo y determinado, ya que dicha infracción se presenta en la realidad como un proceso delictivo que según sus manifestaciones concretas perjudica de modo simultáneo o paralelo distintos bienes jurídicos. Se trata, pues, en definitiva, de un delito pluriofensivo que compromete a varios intereses jurídicamente relevantes como la eficacia de la administración de justicia, la transparencia del sistema financiero, la legitimidad de la actividad económica e, incluso, en un plano sumamente mediato, la incolumidad de la salud pública. Este último en razón que en su sentido funcional, el lavado de dinero aparecería como un acto de favorecimiento o facilitación del tráfico ilícito y, por ende, del consumo indebido de drogas"* [Cfr. VÍCTOR ROBERTO PRADO SALDARRIAGA. El Delito de Lavado de Dinero. Su tratamiento Penal y Bancario en el Perú. IDEMSA. Lima. 1994, ps. 65 y 66].

Por su parte, GARCÍA CAVERO, desde su óptica dogmática de corte funcionalista, reconoce la negatividad y ofensividad de los actos de lavado de activos en tanto prácticas disfuncionales frente a las normas que rigen las expectativas sociales en un tráfico regular de los bienes que circulan en el mercado: *"la expectativa normativa de conducta de*

que el tráfico de los bienes se mueve por operaciones o transacciones realizadas realmente con las reglas del libre mercado, de manera que exista la confianza general en los agentes económicos de que los bienes no tienen una procedencia delictiva, sino que se ajustan a las reglas del trafico jurídico–patrimonial. Por lo tanto, constituiría un grave error exigir en el delito de lavado de activos una afectación sensible al orden económico, pues, como lo demuestra la experiencia, el delito de lavado de activos puede ser incluso saludable para determinadas economías dependientes de este flujo de bienes. La defraudación normativa del delito de lavado de activos no se determina con criterios de eficiencia económica, sino a partir de determinada condición esencial del mercado, en la que confían los agentes económicos" [Cfr. PERCY GARCÍA CAVERO. Derecho Penal Económico. Parte Especial. Grijley. Lima. 2007, p.490].

13°. Resulta, pues, mucho más compatible con la dinámica y finalidad de los actos de lavado de activos que tipifica la Ley 27765 la presencia de una pluralidad de bienes jurídicos que son afectados o puestos en peligro de modo simultaneo o sucesivo durante las etapas y operaciones delictivas que ejecuta el agente. En ese contexto dinámico, por ejemplo, los actos de colocación e intercalación comprometen la estabilidad, transparencia y legitimidad del sistema económico–financiero. En cambio, los actos de ocultamiento y tenencia afectan la eficacia del sistema de justicia penal frente al crimen organizado. Simultáneamente, en todas estas etapas el régimen internacional y nacional de prevención del lavado de activos, resulta vulnerado en todas sus políticas y estrategias fundamentales. Esta dimensión pluriofensiva es la que justifica, además, las severas escalas de penalidad conminada que establece la Ley 27765, pues como razona VIDALES RODRÍGUEZ, el desvalor de tales actos trasciende y engloba al que corresponde por cada uno de esta pluralidad de intereses sociales comprometidos [Cfr. CATALINA VIDALES RODRÍGUEZ. Los Delitos de Receptación y Legitimación de Capitales en el Código Penal de 1995. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1997, ps. 93 y 94].

14°. Ahora bien en cuanto a la autoría del delito el lavado de activos, pese a lo complejo de su modus operandi, que involucra el tránsito por tres etapas sucesivas conocidas como colocación, intercalación e integración, la ley penal nacional no exige calidades especiales en el sujeto activo. Se trata, pues, de un típico delito común que puede ser realizado por cualquier persona. Incluso la fórmula empleada por el legislador peruano no excluye

de la condición potencial de autor a los implicados, autores o participes, del delito que genero el capital ilícito que es objeto de las posteriores operaciones de lavado de activos. La clásica noción de agotamiento no excluye la configuración de un delito de lavado de activos y no es compatible con la aludida dinámica funcional o el *modus operandi* de tal ilícito. Por lo demás ella no se adecua a la forma como se ha regulado en la Ley 27765 tal infracción. Es más, en la actual redacción del artículo 6° *in fine* expresamente se reconoce tal posibilidad ("También podrá ser sujeto de investigación por el delito de lavado de activos, quien realizó las actividades lícitas generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias").

La consumación en el delito de lavado de activos:

15°. Con las modificaciones que introdujo el Decreto Legislativo 986 en los artículos 1° y 2° de la Ley 27765 el delito de lavado de activos ha quedado configurado como un delito de resultado. Por tanto, en los actos de conversión, transferencia ocultamiento y tenencia de activos de procedencia ilícita la consumación del delito requiere, necesariamente, verificar si el agente logró con tales conductas, cuando menos momentáneamente, dificultar la identificación de su ilícito origen, o su incautación o decomiso. Esto es asegurar, siquiera mínimamente, tales activos y su potencial o real aplicación o integración en el circuito económico. En consecuencia, pues, si dichos resultados no se realizan, esto es, se frustra de cualquier modo la operación de cubierta que el agente busca construir o consolidar sobre los activos que pretende lavar se deberá calificar a tal inicio de ejecución como una tentativa la cual será punible conforme a lo dispuesto en el artículo 16° del Código Penal. Esto ocurrirá, por ejemplo, cuando el agente no alcance a culminar el procedimiento de conversión o de transferencia de los activos ilícitos que hubiera emprendido, sea por la intervención de TERCEROs o por otras razones o condiciones ajenas a su voluntad. En ese sentido, GARCÍA CAVERO precisa que: *"El artículo 16° del Código penal permitiría castigar el emprendimiento de actos dirigidos a realizar el delito sin llegar a consumarlo. Si bien con la anterior redacción resultaba cuestionable afirmar la tentativa en un delito de peligro abstracto, en la actualidad esa limitación conceptual no se presenta. Por esta razón, resulta perfectamente posible castigar como tentativa los actos de conversión, transferencia, ocultación y tenencia que no consigan dificultar la identificación del origen de los activos, o su incautación o decomiso. En todo caso, dada la exigencia subjetiva de la*

tentativa, ésta solamente podría tener lugar en caso de una realización dolosa del delito de lavado de activos" [Cfr. PERCY GARCÍA CAVERO. Derecho Penal económico. Parte Especial. Ob. Cit., p. 512]. La doctrina extranjera califica como casos frecuentes de tentativa a los siguientes: *"Se puede querer convertir billetes de baja denominación cambiándolos por otros de mayor valor, en la primera etapa del lavado, interrumpiéndose el proceso ejecutivo por acto de la autoridad, quedando por consiguiente el delito de lavado por conversión en grado de tentativa. O también se puede imaginar una transferencia de valores en proceso, por ejemplo de una cuenta a otra, que es interrumpida por intervención de la autoridad, en cuyo caso los autores habrán cometido lavado en grado de tentativa"* [Cfr. MIGUEL LANGON CUÑARRO. Código Penal. Tomo II. Ob. Cit., p. 275]. Ejemplos similares de formas de tentativa de actos de conversión y transferencia han sido expuestos por la doctrina nacional [Cfr. TOMÁS ALADINO GÁLVEZ VILLEGAS. El Delito de Lavado de Activos. Ob. Cit., ps. 66 y 67].

16°. Ahora bien, resulta pertinente destacar que las distintas modalidades de conversión y transferencia que contiene el artículo 1° de la Ley 27765 constituyen modalidades de delitos instantáneos. Siendo así el momento consumativo coincidirá con la mera realización de cualquiera de las formas señaladas por la ley. Sin embargo, en lo concerniente a los actos que tipifica el artículo 2° como supuestos de ocultamiento y tenencia, su estructura ejecutiva es la propia de los delitos permanentes. En ellas, pues, las posibilidades delictivas incluidas imponen que el momento consumativo y la producción del estado antijurídico generado por la conducta realizada se mantenga en el tiempo por voluntad expresa o implícita del agente. La permanencia del estado antijurídico, pues, y por consiguiente de la consumación, durará lo que el agente decida o lo que este logre mantener sin que las agencias de control descubran o detecten la procedencia ilícita o lo ficticio de la apariencia de legalidad de los activos. No obstante, cabe distinguir que los actos de transporte, introducción o extracción de activos en el territorio nacional que también se incluyen en el artículo 2°, desde la vigencia del Decreto Legislativo 982, debido a su operatividad ejecutiva deben ser apreciados como delitos de consumación instantánea.

La necesidad de distinguir la condición instantánea o permanente de la consumación en los actos que constituyen delitos de lavado de activos, adquiere importancia °°práctica para resolver problemas relacionados

con la prescripción de la acción penal o con las posibilidades de una participación post consumativa. Por tanto, es de identificar tal condición para aplicar debidamente las reglas particulares que para estos casos ha definido la legislación y la doctrina nacionales. Sobre el particular es de tener en cuenta lo señalado por el desaparecido Profesor LUIS BRAMONT ARIAS: *"Derivan relevantes consecuencias de la cualidad permanente o instantánea de un delito. En los delitos permanentes: la prescripción de la acción penal correspondiente a ellos, no empieza a correr sino una vez que ha cesado la duración de su estado consumativo...la intervención de un tercero que colabore o coopere accesoriamente con el autor mientras dure la ejecución, no podrá ser constitutiva de encubrimiento, sino de participación en forma de coautoría o complicidad; y se entenderá flagrante el delito en tanto persista el lapso consumatorio. En cambio, en el delito instantáneo, la prescripción comienza a contarse desde el instante preciso en que se completo la consumación, momento...tras el cual toda cooperación sólo podrá dar origen a responsabilidad por encubrimiento"* [Cfr. LUIS A. BRAMONT ARIAS. Derecho Penal. Tercera Edición. Imprenta Vilok. Lima. 1978, ps. 290 y 291].

El tipo subjetivo en el delito de lavado de activos:

17°. En cuanto a la tipicidad subjetiva de los delitos de lavado de activos, la construcción normativa que se utiliza en los artículos 1° y 2° de la Ley 27765 permite identificar solamente delitos dolosos. El dolo, sin embargo, con el que debe actuar el agente, incluye también la modalidad eventual.

El sujeto activo debe, pues, ejecutar las distintos actos y modalidades de lavado de activos de manera consciente y voluntaria. Ello significa que el agente sabe o puede presumir que el dinero o los bienes que son objeto de las operaciones de colocación, transferencia, ocultamiento o tenencia que realiza tienen un origen ilícito. La ley exige, pues, que, cuando menos, el agente pueda inferir de las circunstancias concretas del caso que las acciones de cobertura o integración las va a ejecutar con activos que tienen la condición de productos o ganancias del delito.

18°. Sin embargo, no es una exigencia del tipo penal que el agente conozca de qué delito previo se trata, ni cuando se cometió éste, ni mucho menos quiénes intervinieron en su ejecución. Tampoco el dolo del agente tiene necesariamente que abarcar la situación procesal del delito precedente

o de sus autores o partícipes. Igualmente, tratándose de los actos de ocultamiento y tenencia, no es parte de la tipicidad subjetiva que el autor conozca o esté informado sobre las acciones anteriores de conversión o transferencia, ni mucho menos que sepa quiénes estuvieron involucradas en ellas.

19°. En nuestra legislación no se han regulado formas culposas de lavado de activos. Por consiguiente, no resultan compatibles con esta opción del legislador peruano las interpretaciones que pretendan inferir una modalidad culposa en base al sentido y alcance de la expresión legal "puede presumir". Por ejemplo, la que sostiene que con dicha expresión se alude a: *"un supuesto de culpa grave que se castiga del mismo modo que un delito doloso"* [Cfr. PERCY GARCÍA CAVERO. Derecho Penal económico. Parte Especial. Grijley. ps.510 y 511]. Como afirma GALVEZ VILLEGAS: *".... siguiendo la tradición legislativa, y en cumplimiento del art. 12° del Código Penal cuando el legislador quiere considerar el supuesto imprudente, lo refiere expresamente. En este orden de ideas, si el legislador hubiera querido introducir el supuesto culposo, lo hubiese referido de forma expresa sin recurrir a la fórmula puede presumir, que como acabamos de indicar, sólo hace referencia al supuesto de dolo eventual, que es como se ha venido interpretando"* [Cfr. TOMÁS ALADINO GÁLVEZ VILLEGAS. El Delito de Lavado de Activos. Ob. Cit., ps. 60 y 61]. Cabe validar lo antes expuesto acerca de la atipicidad del lavado de activos culposo en la legislación peruana, a partir de una revisión del contexto legal internacional. Por ejemplo, el Reglamento Modelo de la CICAD – OEA se refiere a la tipicidad culposa con el uso de la expresión "debiendo saber". En efecto, la nota 2 hecha a pie de página del artículo 2° del texto oficial vigente del Reglamento Modelo de la CICAD–OEA, estipula lo siguiente: *"Debiendo saber se interpreta en este Reglamento Modelo como culpa, lo que en el ordenamiento jurídico de algunos estados miembros está por debajo de los estándares mínimos. Se entiende que los estados miembros que lo apliquen lo harán de una forma consistente con su respectivo ordenamiento jurídico* [Cfr. CICAD. Reglamento Modelo Sobre Delitos de Lavado de Activos Relacionados con el Tráfico ilícito de Drogas y Otros Delitos Graves. Texto editado por la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos. Washington, D. C. s/d., p. 2].

20°. El texto original de los artículos 1° y 2° de la Ley 27765 incluía un elemento subjetivo especial distinto del dolo, de aquellos a los que la doctrina considera como tendencia interna trascendente o delitos de intención. Efectivamente, aquella redacción típica conectaba específicamente la acción dolosa del agente con un objetivo que se colocaba subjetivamente más allá de la mera colocación, conversión, ocultamiento o tenencia de los activos ilegales. La norma, exigía, pues, además de dolo, que el agente persiguiera una finalidad ulterior o de objetivo de las acciones de lavado de activos y que se describía como "evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso". Esta fórmula legal permitía calificar de atípico cualquier supuesto culposo o de exceso de confianza frecuentes en la conducta de los terceros de buena fe. Lo cual fue destacado por los juristas nacionales: *"La inclusión de este elemento de tendencia interna trascendente, que no estaba previsto en la normatividad derogada, creemos que constituye un acierto del legislador, pues de este modo se podrá evitar actuaciones punitivas arbitrarias, que abonen a la vigencia de un derecho penal garantista"* [Cfr. TOMÁS ALADINO GÁLVEZ VILLEGAS. El Delito de Lavado de Activos. Ob. Cit., p. 62]. En el derecho comparado este tipo de elementos subjetivos distintos del dolo también son utilizados regularmente para circunscribir mejor el ámbito del ilícito y desconectarlo de conductas delictivas similares que afectan el patrimonio (receptación) o la administración de justicia.(encubrimiento real). Ejemplos de esta tendencia son el artículo 72° de la Ley costarricense 7786 de 1998 , el artículo 400° bis del Código Penal mexicano y el artículo 301°.1 del Código Penal español.

21°. La ley 27765, pues, hasta antes del Decreto Legislativo 986, demandaba que junto al proceder doloso del agente estuviera presente, siempre, una preordenación subjetiva orientada a promover o viabilizar el proceso del lavado de los bienes de origen ilegal. Esto es, a crearles una apariencia de legitimidad o a alejarles de toda medida de interdicción. En definitiva, el sujeto activo tenía que actuar siempre con el fin de asegurar la ganancia delictivamente generada. Sin embargo, para la concreción típica del delito bastaba que esa finalidad coexistiera en la realización dolosa de los actos de conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia aunque no se lograra materialmente dicho objetivo. El lavado de activo era entonces un típico delito de peligro. Sobre el particular sostuvo FABIAN CAPARROS: *"No nos parece desacertada la incorporación al tipo de un elemento subjetivo complementario que exija al juzgador que dé por probada la voluntad*

del agente de actuar con el ánimo de lograr esa finalidad encubridora. De este modo, la figura resultante adoptará la estructura propia de un delito de resultado cortado que, como tal, cumplida objetiva y subjetivamente la primera conducta- esto es, la circulación de un capital sucio a través de los cauces económicos oficiales-, no requerirá para su consumación más que la vertiente subjetiva de la segunda- actuar con el fin de ocultar el origen ilícito de los bienes-, no siendo preciso que se materialice objetivamente un resultado- el efectivo encubrimiento- que es independiente de la actuación del sujeto activo" [Cfr. EDUARDO FABIÁN CAPARRÓS. El Delito de Blanqueo de Capitales. Ob. Cit. , ps. 343 y 344]. En conclusión, pues, el elemento subjetivo especial que incluyó el texto originario de la Ley 27765 cumplía funciones dogmáticas y de político criminal importantes.

22°. El Decreto Legislativo 986 suprimió las exigencias de esa tendencia interna trascendente y la transformó en el resultado típico. Por tanto, actualmente los artículos 1° y 2° requieren de un dolo que abarque también tal resultado como concreción objetiva del tipo. Por tanto el dolo comprende la conciencia y voluntad de realizar actos de conversión, transferencia, ocultamiento y tenencia que, como resultado, dificultan la identificación del origen ilícito de los bienes, su incautación o decomiso. Como bien anota GARCÍA CAVERO: *"...el delito de lavado de activos se configura solamente si el autor realiza la conducta de conversión, transferencia, ocultación o tenencia conociendo la aptitud concreta de su acción para dificultar la eventual identificación del origen, incautación o decomiso de los activos. Bajo estas consideraciones, hay una conducta típica de lavado de activos si el autor actúa con conocimiento o la posibilidad de conocer que esos bienes son de procedencia ilícita y pese a ello realiza una conducta voluntaria que sabe que va a evitar su eventual identificación ,incautación o decomiso"* [Cfr. PERCY GARCÍA CAVERO. Derecho Penal económico. Parte Especial. Ob. Cit., ps.510 y 511].

23°. En atención, pues, a lo expuesto, cabe entender que sólo si subjetivamente en el agente concurren la ignorancia, el error o la buena fe sobre el origen ilícito de los bienes, o de los resultados específicos que deben derivarse de la ejecución de los actos de disposición, cesión, uso o tenencia de los mismos, el comportamiento será atípico al carecer del dolo. Sobre este particular, DIEZ RIPOLLES ha considerado también la ausencia de dolo cuando el agente conoce *"la actividad de narcotraficante de la persona de la que proceden los bienes, pero no le consta que en ese caso sean efecto o ganancia*

de un delito" [Cfr. Los Delitos Relativos a Drogas Tóxicas, Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas. ED. Tecnos. Madrid. 1989, p. 92]. Ahora bien, una reflexión dogmática propia merece el caso de los Negocios Standard o Conductas Neutras. En especial se debe evaluar con detenimiento la situación de algunos profesionales que como los a contadores, notarios o abogados pueden brindar sus servicios profesionales a criminales conocidos o a personas cuya solvencia económica resulta de origen dudoso. Como señala la doctrina especializada, una zona gris entre las operaciones de lavado de activos y las conductas socialmente adecuadas o inocuas, es el que corresponde a los denominados negocios estándar. Esto es, a los servicios regulares que se ofrecen abiertamente a todas las personas. En esta categoría, por ejemplo, quedan comprendidos desde las empleadas del hogar, pasando por los vendedores de suministros cotidianos (diarios, pan, gasolina, etc.), hasta llegar a los servicios profesionales o técnicos especializados (abogados, contadores, médicos, etc.). El problema se plantea, pues, en torno a decidir la relevancia penal o no de brindar tales servicios a personas que se conoce o se sospecha que están vinculadas con actividades criminales y de las cuales pueden provenir los recursos económicos que son utilizados para pagar la correspondiente contraprestación, precio u honorarios por el servicio brindado. Al respecto, RAGUÉS y VALLÉS advierte lo siguiente: "*La solución no parece, sin embargo, tan evidente cuando la aportación de un sujeto a la actividad de lavado consiste en la mera prestación de los servicios propios de su profesión, es decir, en la realización de aquellas actividades que, en principio, se ofrecen a cualquier cliente que las solicite (negocios o conductas estándar). Las dudas sobre si estas actividades son objetivamente idóneas para integrar el tipo del lavado de activos se extienden incluso a aquellos supuestos en los que el autor conoce o sospecha que los bienes con los que será retribuido provienen de la previa comisión de un delito grave*" [Cfr. Ramón Ragués i Vallés. Lavado de Activos y Negocios Standard. Ob. Cit., p. 624].

24°. Conforme a la doctrina especializada cabe declarar la atipicidad o la justificación de los casos representativos de negocios estándar o conductas neutras. En principio porque se trataría de conductas lícitas en tanto realizan un acto permitido por la ley o en cumplimiento de deberes especiales ligados a la profesión. Por ejemplo, VIDALES RODRIGUEZ, analizando la situación de los abogados, afirma que la conducta de estos profesionales estará justificada solamente cuando se límite a la realización

de actos propios y compatibles con una defensa penal técnica. En cambio, si ella se expresa en una asesoría antijurídica que convoca a realizar transferencias dirigidas a evitar la detección de los bienes ilícitos, se constituiría siempre un acto de complicidad en el delito de lavado de activos: *"La conducta de estos sujetos puede ser considerada de cooperación necesaria o, cuando menos, de complicidad; aunque es discutible que quede amparada por esta causa de justificación, ya que el ejercicio legítimo de su profesión no puede consistir en la comisión de un delito de legitimación de capitales"* [Cfr. CATALINA VIDALES RODRÍGUEZ. Los Delitos de Receptación y Legitimación de Capitales en el Código Penal de 1995. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1997, p. 122].

25°. Para otros juristas la conducta del abogado que ejerce la defensa y recibe honorarios con dinero presuntamente ilegal también resulta atípica por ser adecuada socialmente y no generarse con ella un grado de riesgo no permitido para el bien jurídico tutelado. Autores nacionales como GALVEZ VILLEGAS comparten tal posición: *" no se debe incurrir en el error de pensar que cualquier servicio de asesoría jurídica remunerado que se brinda a terceros que se encuentran involucrados en el delito previo v. gr. Tráfico de drogas, dará lugar al delito de lavado de activos, pues un acto de la vida cotidiana que se mantiene dentro de lo socialmente adecuado y no supera el riesgo permitido, y que corresponde justamente a un trabajo o un servicio profesional, no puede generar responsabilidad penal alguna. El abogado que recibe una suma de dinero, por ejemplo, de un traficante de drogas, en virtud a una defensa letrada que viene llevando a cabo no está blanqueando dinero sucio, sino está cobrando por un servicio que presta; pues en estos casos la recepción del dinero o cualquier otro bien, no tiene como finalidad el ocultamiento, sino el pago de un servicio prestado"* [Cfr. TOMÁS ALADINO GÁLVEZ VILLEGAS. El Delito de Lavado de Activos. Legislación Peruana. Aspectos Básicos, en Vista Fiscal N° 1. Noviembre de 2003, p.82]. BRAMONT–ARIAS TORRES también suscribe esta tesis: *"En el aspecto doloso normalmente se asume como punto a tener en cuenta si la actividad realizada por el sujeto está dentro de una actividad cotidiana, supuesto en el cual no se configuraría el tipo penal. En caso de no asumir esta postura, se comprendería como delito conductas discutibles como los casos del taxista que cobra y recibe dinero proveniente de un delito, o el caso del abogado que cobra sus honorarios de un narcotraficante, etc., las cuales serían conductas socialmente adecuadas"* [Cfr. LUIS ALBERTO

BRAMONT-ARIAS TORRES. Algunas Precisiones Referentes a la Ley Penal contra el Lavado de Activos. Ob. Cit., p. 526].

26°. Sobre la base de los correctos enfoques reseñados de la doctrina nacional y extranjera es pertinente, además, tener en cuenta las siguientes consideraciones, relacionadas con el rol y la finalidad que guían el accionar de un lavador de activos y que no se reproducen en el quehacer de los que practican o ejercen negocios estándar o conductas neutras. En efecto, la función de un lavador de activos es asegurar la ganancia o mejora patrimonial obtenida por quien requiere de sus servicios. Su ánimo delictivo está indisolublemente enlazado con la búsqueda de una consolidación aparente o fáctica de ese patrimonio de origen o componentes ilegales. De allí que el abogado, el médico, los familiares dependientes, los empleados domésticos, los proveedores cotidianos, etc., que se relacionan con el titular de activos ilícitos originales o reciclados, en ese espacio específico y neutral, propio de sus negocios estándar, no actúan premunidos de esa finalidad, ni proveen a aquel de esa consolidación lucrativa. Por tanto, los servicios que ellos prestan carecen de tipicidad porque no son actos de colocación, transformación u ocultamiento en los términos y alcances que corresponden al ciclo del lavado de activos. Pero, además, no existe, frente a tales conductas, una necesidad de pena, ni hay riesgos de debilitamiento de la prevención general, ni mucho menos el agente expresa en su conducta requerimientos de prevención especial. En la doctrina una interpretación similar es también recogida y expuesta con precisión del modo siguiente por RAGUÉS I VALLÉS: "*El fundamento expuesto de la punición del lavado de activos debe emplearse ahora como herramienta teórica para decidir en qué casos está legitimado el castigo de una conducta subsumible formalmente en el tipo de tal infracción y, de forma más concreta, para resolver si la realización de negocios estándar a sabiendas del origen delictivo de la contraprestación económica puede integrar el tipo de este delito. Trasladando a este ámbito la lógica que subyace a dicho fundamento se obtiene un criterio delimitador que dice así: sólo está justificado que una conducta se castigue como constitutiva de lavado si, para un potencial infractor, la posibilidad de contar con ella ex post puede valorarse como un incentivo para realizar de forma relevante la capacidad disuasoria de la pena prevista para dicho delito*" [Cfr. Ramón Ragués Vallés. Lavado de Activos y Negocios Standard. Ob. Cit., p. 647].

27°. Finalmente, resulta pertinente destacar que en la actual legislación peruana, la tipicidad subjetiva del delito de lavado de activos no demanda que su autor lo haya realizado con ánimo de lucro. Ello permite establecer una mejor diferencia entre los actos de lavado de activos y el delito de receptación patrimonial del artículo 194° del Código Penal. Esta distinción, por lo demás, ha sido también destacada desde inicios de la década de los noventa por la doctrina extranjera. Así, por ejemplo, en Argentina CAFETZOGLUS ha señalado que si bien el tipo legal del lavado es semejante al del encubrimiento, el primero resulta *"sensiblemente más amplio ya que capta toda intervención respecto de los valores provenientes de algunos de los delitos, que implique alguno de los actos enumerados, aún sin ánimo de lucro"* [Cfr. Delitos con Drogas. Ob. cit., p. 81]. Por su parte, el jurista portugués DE FARIA COSTA ha afirmado en igual sentido lo siguiente: *"Si el blanqueamiento, tal como lo concebimos, no es más que una particular y específica receptación, él se basa, principalmente, en actividades criminosas ligadas al tráfico de drogas; pero, sobre todo, no radica en la intención de obtener para sí o para otro un lucro ilegítimo (ventaja patrimonial, en la expresión de la ley), como acontece en la definición legal de receptación, sino en la finalidad de encubrir o disimular el origen ilícito del capital"* [Cfr. JOSÉ DE FARIA COSTA. O Blanqueamiento de Capitais. Separata. Jornadas de Derecho Penal Económico. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Madrid. 1992, p. 20].

Posición similar expresa en la doctrina española GOMEZ INIESTA: *"En el blanqueo se auxilia al delincuente para que se aproveche de los bienes de origen delictivo sin que se requiera interés lucrativo alguno (favorecimiento ajeno), mientras que en la receptación el autor se aprovecha para sí de los efectos del delito actuando con propósito de enriquecimiento"* [Cfr. DIEGO J. GÓMEZ INIESTA. El delito de blanqueo de Capitales en Derecho Español. Ob. Cit., p. 58].

El valor de los bienes objeto del delito de lavado de activos y la Determinación de la pena:

28°. Es importante destacar que para el derecho penal nacional, el valor económico o el monto dinerario de los activos involucrados en las distintas modalidades de lavado, carecen de significado para la tipicidad y penalidad del delito. En cambio, para otras legislaciones, como la

vigente en Argentina, la calidad de delitos de los actos de conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia sí queda supeditada al valor económico de las operaciones realizadas. En ese sentido, el artículo 278º del Código Penal de aquel país establece: *"Será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de dos a diez veces el monto de la operación el que convirtiere, transfiere, administrare, vendiere, gravare o aplicare de cualquier otro modo dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito en el que no hubiere participado, con la consecuencia posible de que los bienes originados o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito y siempre que su valor supere la suma de cincuenta mil pesos (S/. 50.000), sea en un acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí"*.

29°. No obstante ello, estando a lo establecido en el inciso 4 del artículo 46° del Código Penal, el juez deberá apreciar el valor de los bienes involucrados en la operación de lavado realizada por el agente, a fin de evaluar debidamente el grado de desvalor que la conducta representa y graduar en función de ella la proporcionalidad de la pena aplicable. Cabe anotar, además, que en otros delitos como el de defraudación tributaria el importe del tributo omitido, cuando no es superior a cinco unidades impositivas tributarias, motiva una atenuación específica de la pena [Cfr. Artículo 3º del Decreto Legislativo 813 o Ley Penal Tributaria). Tal valor dinerario, en todo caso, puede servir de referencia al operador de justicia para poder diferenciar el significado material de la operación de lavado de activos realizada por el agente, y decidir razonadamente la aplicación de una pena proporcional en cada caso.

El delito fuente y la prueba en el delito de lavado de activos:

30°. Como ha quedado expuesto, el delito de lavado de activos requiere que previamente se haya cometido otro delito, cuya realización haya generado una ganancia ilegal, que es precisamente lo que el agente pretende integrar a la economía y, en su caso, al sistema financiero. Los denominados "delitos fuente" han sido precisados relativamente, en una suerte de catálogo abierto, pues en la lista de once delitos, que siempre será del caso acotar, se agregan delitos similares -obviamente graves: sancionados con penas privativas de libertad significativas y realizados tendencialmente en delincuencia organizada- que generen ganancias ilegales -su lógica delictiva se engarza en la generación de una ganancia económica que se pretenda sustraer del sistema de persecución estatal para su incautación

y decomiso-, con excepción del delito de receptación-. Así consta en el artículo 6° de la Ley de lavado de activos -modificada por el Decreto Legislativo número 986, del 22 de julio de 2007-.

31°. En orden a las exigencias del derecho probatorio penal es de tener en cuenta que la Ley Penal contra el Lavado de Activos, desde la tipicidad objetiva, castiga tanto los actos de conversión y transferencia como los actos de ocultamiento y tenencia de dinero, bienes, efectos o ganancias de origen delictivo -objeto material del delito-, que dificultan la identificación de su origen, su incautación o decomiso.

Desde la tipicidad subjetiva, el tipo legal exige al agente, de un lado, el dolo directo, es decir, el conocimiento seguro del origen ilícito del objeto delictivo, y, de otro, el dolo eventual, esto es, que sólo pueda presumir el origen delictivo del referido objeto, que tenga la probabilidad de saberlo. Se castiga, por consiguiente, ambas modalidades de dolo. Su conocimiento, por cierto, se refiere al hecho y sus circunstancias pero no a la calificación jurídica; y éste -el dolo- ha de ser antecedente o concurrente en la acción.

Ahora bien, dos son las cuestiones relevantes que es del caso precisar: la determinación del origen delictivo del dinero, bienes, efectos o ganancias, y el conocimiento de su origen ilícito.

32°. Respecto de lo primero, el artículo 6° de la Ley establece que no es necesario que las actividades referidas al delito fuente se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria. Ello reconoce simplemente que la vinculación de la actividad de lavado de activos con el delito fuente no puede supeditarse a la estricta aplicación de las reglas de la accesoriedad que puedan condicionar su naturaleza de figura autónoma y del bien jurídico, también autónomo, afectado por el lavado.

El delito fuente, empero, es un elemento objetivo del tipo legal -como tal debe ser abarcado por el dolo- y su prueba condición asimismo de tipicidad. No es menester, como se ha indicado anteriormente, que conste acreditada la comisión mediante sentencia firme, ni siquiera que exista investigación en trámite ni proceso penal abierto. Es decir, expresamente se ha descartado una prejudicialidad homogénea de carácter devolutiva.

33°. La prueba sobre el conocimiento del delito fuente y del conjunto de los elementos objetivos del lavado de activos será normalmente la prueba indiciaria -no es habitual, al respecto, la existencia de prueba directa-. En esta clase de actividades delictivas, muy propias de la criminalidad

organizada, la prueba indiciaria es idónea y útil para suplir las carencias de la prueba directa. La existencia de los elementos del tipo legal analizado deberá ser inferida -a partir de un razonamiento lógico inductivo, apoyado en reglas de inferencia que permiten llegar a una conclusión a partir de determinadas premisas- de los datos externos y objetivos acreditados, conforme se ha establecido en la Ejecutoria Suprema Vinculante número 1912–2005/Piura, del 6 de septiembre de 2005 (Acuerdo Plenario número 1– 2006/ESV–22, del 13 de octubre de 2006).

Los indicios han de estar plenamente acreditados, así como relacionados entre sí y no desvirtuados por otras pruebas o contraindicios. El Tribunal deberá explicitar el juicio de inferencia de un modo razonable.

Como presupuestos generales -materiales y formales- en orden a la habilidad de la prueba indiciaria para constatar la realidad del delito de lavado de activos, se requiere:

A. Existencia de hechos base o indicios plenamente acreditados, que en función a su frecuente ambivalencia, han de ser plurales, concomitantes al hecho que se trata de probar e interrelacionados -de modo que se refuercen entre sí-.

B. Entre los hechos base, apreciados en su globalidad, y el hecho consecuencia ha de existir un enlace preciso según las reglas del pensamiento humano [perspectiva material].

C. El razonamiento del Tribunal ha de ser explícito y claro, debe **(i)** detallar y justificar el conjunto de indicios y su prueba, que van a servir de fundamento a la deducción o inferencia, así como **(ii)** sustentar un discurso lógico inductivo de enlace y valoración de los indicios, que aún cuando sucinto o escueto es imprescindible para posibilitar el control impugnativo de la racional de la inferencia [perspectiva formal].

34°. Desde luego no posible, por las propias características y el dinamismo de la delincuencia organizada, así como por las variadas y siempre complejas actividades del delito de lavado de activos -gran capacidad de camuflaje y hermetismo con que actúan las redes clandestinas de la delincuencia organizada, que se vale de un inagotable catálogo de técnicas o procedimientos en continua transformación y perfeccionamiento-, establecer criterios cerrados o parámetros fijos en materia de indicios y de prueba indiciaria en este sector delictivo. Empero, a partir de los aportes criminológicos, la

experiencia criminalística y la evolución de la doctrina jurisprudencial, es del caso catalogar algunas aplicaciones de la prueba indiciaria, sobre la base cierta de la efectiva determinación de actos que sean susceptibles de ser calificados como irregulares o atípicos desde una perspectiva financiera y comercial y que no vienen sino a indicar en el fondo la clara intención de ocultar o encubrir los objetos materiales del delito.

Así:

A. Es de rigor examinar todos los indicios relativos a un incremento inusual del patrimonio del imputado. Varios ejemplos de este incremento patrimonial pueden destacarse: adquisición de bienes sin justificar ingresos que la expliquen, compra de bienes cuyo precio abona otra persona, transacciones respecto de bienes incompatibles o inadecuados en relación a la actividad desarrollada, etcétera.

B. Se han de examinar aquellos indicios relativos al manejo de cantidades de dinero que por su elevada cantidad, dinámica de las transmisiones, utilización de testaferros, depósitos o apertura de cuentas en países distintos del de residencia de su titular, o por tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias. Pueden ejemplificar estos supuestos, el transporte o posesión en efectivo de grandes sumas de dinero, incluso sin justificar su procedencia; movimientos bancarios a cuentas instrumentales de grandes sumas de dinero que son luego transferidas hacia paraísos fiscales; utilización de identidades supuestas o de testaferros sin relación comercial alguna para el movimiento de dinero y su ingreso a cuentas corrientes de sociedades meramente instrumentales; cambio de divisas, constitución de sociedades, titularidad de vehículos por un testaferro, etcétera.

C. La concurrencia, como indicio añadido, de inexistencia o notable insuficiencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias.

D. La ausencia de una explicación razonable del imputado sobre sus adquisiciones y el destino que pensaba darles o sobre las anómalas operaciones detectadas. La existencia de los indicios referidos a las adquisiciones y destino de operaciones anómalas, hace necesaria una explicación exculpatoria que elimine o disminuya el efecto incriminatorio de tales indicios -tal situación, conforme aclaró la

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Salabiaku del 7 de octubre de 1988, no vulnera la presunción de inocencia en tanto en cuanto tal presunción no tiene carácter irrefutable y no impide al afectado desarrollar actividad probatoria dirigida a constatar la ausencia de responsabilidad en el hecho a través de causa que la excluyen-.

E. La constatación de algún vínculo o conexión con actividades delictivas previas o con personas o grupos relacionados con las mismas. Ese vínculo o conexión -contactos personales, cesión de medios de transporte, vínculos con personas condenadas por delitos graves: terrorismo, tráfico ilícito de drogas, corrupción- ha de estar en función con un hecho punible en el que los bienes deben tener su origen, lo que comporta la evidencia de una relación causal entre el delito fuente y el delito de lavado de activos. Esta vinculación o conexión con actividades delictivas o con personas o grupos relaciones con las mismas, podrá ir acompañada, por ejemplo, de aumento de patrimonio durante el período de tiempo de dicha vinculación, y/o de la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el aumento de patrimonio.

35°. El tipo legal de lavado de activos sólo exige la determinación de la procedencia delictiva de dinero, bienes, efectos o ganancias que permita en atención a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes. No hace falta la demostración acabada de un acto delictivo específico, con la plenitud de sus circunstancias, ni de los concretos partícipes en el mismo -lo contrario implicaría, ni más ni menos, a concebir este delito como de imposible ejecución-; es suficiente la certidumbre sobre su origen, conocimiento de la existencia de una infracción grave, de manera general. Ha de constatarse algún vínculo o conexión con actividades delictivas graves -las previstas en el artículo 6° de la Ley- o con personas o grupos relacionados con la aplicación de este tipo legal.

El conocimiento, a título de dolo directo o eventual, puede "... *inferirse de los indicios concurrentes en cada caso*" (artículo 6°, primer párrafo, de la Ley). En este mismo sentido se inclina el artículo 3°.3 de la Convención de Viena contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, en cuya virtud el conocimiento, la intención o la finalidad requeridas como elementos de tales delitos, podrán inferirse

de las circunstancias objetivas del caso. Es obvio que no bastarán las simples sospechas, recelos o dudas sobre la procedencia del dinero, bienes, efectos o ganancias, sino que será precisa la certeza respecto al origen ilícito. Tal certeza, como se ha indicado, puede provenir de la prueba indiciaria, que ha de acreditar la presencia antecedente de una actividad delictiva grave -de las indicadas en el citado artículo 6° de la Ley- que permita en atención a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes, sin que sea necesario ni la demostración acabada de un acto delictivo específico con todas sus circunstancias ni de los concretos partícipes en el mismo.

Salvo la confesión -muy inusual en estos casos, aunque no imposible-, los elementos subjetivos del tipo, por su propia naturaleza, al no poder percibirse por los sentidos no pueden ser objeto de prueba en sentido estricto. Éstos se obtienen a partir de los datos objetivos y materiales, mediante juicio de inferencia. Sobre el particular ya se han fijado algunos criterios básicos en el parágrafo anterior.

El valor probatorio del Informe de la Unidad de Inteligencia Financiera:

36°. La Ley número 28306, del 28 de julio de 2004, que modificó las Leyes número 27693 y 28009, y la última Ley número 29038, del 12 de junio de 2007, creo la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú -en adelante, UIF–Perú-. Es una unidad especializada de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones -en adelante, SBS- encargada de recibir, analizar, tratar, evaluar y transmitir información para la detección del lavado de activos y/o del financiamiento del terrorismo, así como, de coadyuvar a la implementación por parte de los sujetos obligados del sistema de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo para detectar operaciones sospechosas de lavados de activos y/o del financiamiento del terrorismo.

Entre las funciones y facultades relevantes de la UIF–Perú se tiene: **(i)** solicitar a las instituciones del Estado informes, documentos, antecedentes y todo elemento útil para el cumplimiento de sus funciones; **(ii)** como solicitar, recibir y analizar información sobre operaciones sospechosas a través de los Reportes de Operaciones Sospechosas, y los Registros de Operaciones; y **(iii)** comunicar al Ministerio Público aquellas operaciones que, luego de la investigación y análisis respectivos, presuma que estén

vinculadas a actividades de lavado de activos y/o financiamiento del terrorismo.

Según el artículo 10°–A de la Ley número 28306 el denominado 'Reporte de Operaciones Sospechosas' es un documento de trabajo de la UIF–Perú, reservado únicamente para el inicio del tratamiento y análisis de la información allí contenida. Esta información, luego del análisis e investigación respectiva, se tramitará al Ministerio Público en los casos en que se presume haya vinculación con actividades de lavado de activos y/o del financiamiento del terrorismo.

37°. La UIF–Perú lidera el sistema de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo. Los sujetos obligados a informar están legalmente determinados. A partir de los informes de aquéllos y de las solicitudes e instancias que curse la UIF–Perú, ésta iniciará el análisis e investigación de todas aquellas operaciones que puedan estar vinculadas a actividades de lavado de activos y/o de financiamiento del terrorismo. En el plano de la investigación del delito de lavados de activos, la Ley reconoce las atribuciones de otras instancias de investigación, con las que puede incluso participar en actividades conjuntas de investigación. El Informe de la UIF–Perú, por tanto, no constituye requisito de procedibilidad alguno.

Según el artículo 13°.2 del Reglamento de la Ley que crea la UIF–Perú, aprobado por Decreto Supremo número 018–2006–JUS, del 25 de julio de 2006, el Informe que envía al Ministerio Público se denomina "Informe de Inteligencia". Contiene la labor de análisis producto de los reportes de operaciones sospechosas que recibe y de las investigaciones conjuntas que pueda solicitar, y su evaluación de las operaciones que presuma estén vinculadas con el delito de lavado de activos y/o financiamiento del terrorismo. El sustento de la información producto del desarrollo del trabajo de inteligencia está inserto en los Anexos al Informe de Inteligencia.

38°. La naturaleza jurídica del Informe de Inteligencia no puede asimilarse a una Auditoría Especializada de carácter financiero o pericia institucional, en función a las limitaciones y rasgos propios con el que ha sido regulado. En efecto, según el párrafo final del artículo 13°.2 del Reglamento, el destinatario del Informe de Inteligencia está obligado a guardar la debida confidencialidad de la entidad informante y la reserva del contenido de la información. La información que sustenta el Informe de Inteligencia tiene carácter reservado. No puede ser empleada en el proceso jurisdiccional ni

como medio probatorio, salvo que la UIF–Perú autorice expresamente sus anexos, que es el sustento de la información proporcionada. El emplazamiento judicial de un funcionario de la UIF–Perú sólo procede respecto de los documentos que obren en autos y que han sido autorizados por esa institución par constar en ellos.

Más allá de lo limitado del uso procesal del Informe de Inteligencia, y de la falta de claridad para su utilización en relación al cuerpo del citado Informe y al sustento de la información -los anexos-, llama la atención que el propio Estado limite el esclarecimiento de un delito de tanta gravedad y niegue el acceso fluido a la autoridad penal de información cuya pertinencia y utilidad corresponde valorar al órgano jurisdiccional, pero que en este caso reconoce una potestad decisoria a la UIF–Perú.

Así las cosas es evidente que si el Informe de Inteligencia es de libre acceso a las partes y al órgano jurisdiccional -en la medida en que así lo decida el UIF–Perú-; y, en tanto está acompañado de documentación, análisis financieros y contables, y diversa información bancaria y comercial, así como de las conclusiones y valoraciones consiguientes, primero, servirá como indicio procedimental para incoar el correspondiente proceso penal o inculpación formal, y, segundo, luego de ser sometido a contradicción por su nítido carácter pericial, podrá ser valorado como pericia institucional con arreglo al principio de libre valoración." (Sic.)

142

§142. Delito fuente como elemento normativo del tipo penal del delito de Lavado de Activos

Casación	92-2017-AREQUIPA
Fecha	08 de agosto del 2017
Procedencia	Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Figueroa Navarro.
Jueces Supremos	Hinostroza Pariachi, Ventura Cueva, Figueroa Navarro, Cevallos Vegas, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Artículos 1°, 2° y 3° del Decreto Legislativo N° 1106.

RESUMEN:

El delito fuente es un elemento normativo del tipo objeto de los tres subtipos penales del delito de Lavado de Activos, previstos en los artículos 1°, 2° y 3° del Decreto Legislativo N° 1106, modificado por el Decreto Legislativo N° 1249. Por tanto, para que una conducta sea típica, debe reunir todos los elementos descriptivos y normativos del tipo penal. Si faltare alguno de ellos, la conducta será atípica: y, en consecuencia, procederá la excepción de improcedencia de acción. El delito fuente de Lavado de Activos, en nuestra legislación se basa en el principio de legalidad: es decir, debe estar taxativamente determinado por la ley, conforme lo prevé el segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106, que establece un sistema numerus clausus. Para incluir un determinado delito [como delito fuente] en la cláusula abierta <<o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales>> -prevista en el segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106-, se tendrá en cuenta los siguientes factores: i) La descripción del suceso fáctico mencionando a su presunto autor o partícipe, con indicación de la fecha y lugar en que ocurrió; ii) El conocimiento o presunción de conocimiento del agente, sobre dicho delito previo: iii) Su capacidad para generar ganancias ilegales; y, iv) La gravedad del delito, en atención a la pena

conminada en el tipo penal correspondiente, los mismos que serán materia de una motivación cualificada.

FUNDAMENTOS:

LA DEFICIENTE REGULACIÓN DEL DELITO FUENTE EN LA LEGISLACIÓN PENAL PERUANA SOBRE LAVADO DE ACTIVOS

DÉCIMO: La represión penal del lavado de activos en nuestro país, vino de la mano de la intensificación de la lucha contra el tráfico ilícito de drogas[59]. Así, en el marco de la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, aprobada por las Naciones Unidas en diciembre del año 1988, en la ciudad de Viena -la misma que fuera ratificada por nuestro Congreso de la República mediante Resolución Legislativa N° 25352, del 23 de diciembre de 1991- la tipificación del delito de lavado de activos en el Perú, aparece vinculada únicamente a este delito; esto es, se tenía como única conducta previa o generadora del activo ilícito, al delito de tráfico ilícito de drogase. Es así que, inmerso en un conglomerado de decretos legislativos que fueron promulgados por el Poder Ejecutivo durante el mes de noviembre de 1991, se incluyó al Decreto Legislativo 736 (Promulgado el 8 de noviembre de 1991), que adicionaba dos artículos a la Sección II del Capítulo III, del Título XII del Código Penal, sobre tráfico ilícito de drogas. Dichos dispositivos signados como artículo 296°A y 296°B, tuvieron por función político-penal, criminalizar los actos de lavado de dinero provenientes del narcotráfico[60].

DÉCIMO PRIMERO: No obstante, por razones de carácter político, el Congreso de la República decidió no ratificar dicho Decreto Legislativo 736 y reemplazarlo, más bien, por una ley que asimilaba el lavado de activos a una receptación patrimonial agravada. La actitud crítica frente a esta forma de

---

59 GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho* Penal Económico. Parte Especial, lra ed., Lima: Grijley, 2007, p. 479. ÉL MISMO, «El delito de lavado de activos en el contexto de la lucha contra la criminalidad organizada», en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ/MENDOZA LLAMACPONCCA (Coord.), Ley Contra el Crimen Organizado (Ley *N° 30077).* Aspectos sustantivos, *procesales y de ejecución penal,* 1 ra ed., Lima: Instituto Pacífico, 2016, p. 391: «El origen criminológico del lavado de dinero se remonta al desarrollo del lucrativo negocio del tráfico ilícito de drogas a partir de los años sesenta, aunque existen también datos ciertos sobre su vinculación con el ocultamiento de beneficios obtenidos ilícitamente por funcionarios públicos corruptos».

60 PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *El* delito de lavado de dinero en el Perú, En Línea: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_63.pdf], p. 7.

comprender el lavado de activos, llevó a que mediante el Decreto Ley 25428 (promulgado el 9 de abril de 1992) se volvieran a tipificar las conductas de lavado de activos, en el marco de los delitos de tráfico ilícito de drogas, mediante la incorporación de los artículos 296°-A y 296°-B en el Código Penal[61].

DÉCIMO SEGUNDO: Así, el entonces incorporado artículo 296°-A del Código Penal, establecía: «El que interviene en la inversión, venta, pignoración, transferencia o posesión de las ganancias, cosas o bienes provenientes de aquellos o del beneficio económico obtenido del tráfico ilícito de drogas, siempre que el agente hubiese conocido ese origen o lo hubiera sospechado, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de dieciocho años, y con ciento veinte a trescientos días-multa e inhabilitación, conforme al artículo 36°, incisos 1, 2 y 4. El que compre, guarde, custodie, oculte o reciba dichas ganancias, cosas, bienes o beneficios conociendo su ilícito origen o habiéndolo sospechado, será reprimido con la misma pena». Mientras que, a su turno, el artículo 296°-B del Código Penal, señalaba: «El que interviene en el proceso de lavado de dinero proveniente del tráfico ilícito de drogas o del narcoterrorismo, ya sea convirtiéndolo en otros bienes, o transfiriéndolo a otros países, bajo cualquier modalidad empleada por el sistema bancario o financiero o repatriándolo para su ingreso al circuito económico imperante en el país, de tal forma que ocultare su origen, su propiedad u otros factores potencialmente ilícitos, será reprimido con pena de cadena perpetua. La misma pena de cadena perpetua, se aplicará en los casos en que el agente esté vinculado con actividades terroristas, o siendo miembro del sistema bancario o financiero actúa a sabiendas de la procedencia ilícita del dinero»[62].

DÉCIMO TERCERO: A principios del nuevo milenio se observó, en los procesos contra distintos miembros del gobierno saliente, que los tipos de lavado de activos tenían una serie de vacíos que hacían necesaria una profunda reforma. En lo referido al delito fuente, por ejemplo, se advirtió la falta de conexión de los bienes "lavados" con delitos de corrupción (en los procesos se aplicaban por ello los tipos de "encubrimiento real" o "receptación"). Por lo que, finalmente, el

---

61 GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho* Penal *Económico.* Parte Especial, lra ed., Lima: Grijley, 2007, p. 480.

62 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, «Evolución de la criminalización del lavado de activos en la doctrina y práctica de Perú y Alemania», en AMBOS/CARO CORIA/MALARINO (Coord.), Lavado de *Activos* y Compliance. Perspectiva *internacional* y derecho comparado, Lima: Jurista Editores, 2015, p. 60 y ss.

Congreso de la República aprobó la Ley N° 27765, Ley Penal contra el Lavado de Activos, promulgada el 26 de junio de 2002[5].

DÉCIMO CUARTO: En el artículo 1° de la Ley N° 27765, se castigaban los actos de conversión y transferencia; en los siguientes términos: «El que convierte o transfiere dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa»; mientras que, en el artículo 2°, los actos de ocultamiento y tenencia; bajo el siguiente tenor: «El que adquiere, utiliza, guarda, custodia, recibe, oculta o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa». Ahora bien, ¿cuáles debían ser los delitos fuente que den lugar a los activos de origen ilícito, en los artículos 1° y 2° de la Ley 27765? El legislador de aquella época, incurriendo en una deficiente técnica legislativa, desmembró el delito fuente -elemento normativo del tipo objetivo del delito de Lavado de Activos- de su lugar originario y, lo reguló en un artículo independiente, esto es, en el artículo 6° de la Ley acotada; donde se señaló que: «El conocimiento del origen ilícito que debe conocer o presumir el agente de los delitos que contempla la presente ley, corresponde a conductas punibles en la legislación penal como el tráfico ilícito de drogas; delitos contra la administración pública; secuestro; proxenetismo; tráfico de menores; defraudación tributaria; delitos aduaneros *u otros similares* que generen ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el Artículo 194 del Código Penal».

DÉCIMO QUINTO: Esta misma deficiencia de técnica legislativa, en relación al delito fuente, se mantuvo en el Decreto Legislativo 986, vigente desde el 22 de julio de 2007; en cuyo artículo 6° se estableció que: «El conocimiento del origen ilícito que debe conocer o presumir el agente de los delitos que contempla la presente ley, corresponde a conductas punibles en la legislación penal como el tráfico ilícito de drogas; terrorismo; delitos contra la administración pública; secuestro; extorsión; proxenetismo; trata de personas; tráfico de inmigrantes; defraudación tributaria; contra el patrimonio en su modalidad agravada; delitos aduaneros, u otros similares que generen ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el artículo 194 del Código Penal». Como puede observarse,

esta norma mantuvo la regulación del delito fuente en un artículo independiente; incorporando como nuevos delitos fuente, la trata de personas, tráfico ilícito de migrantes, extorsión y delitos contra el patrimonio en su modalidad agravada. Asimismo, estableció una fórmula o cláusula abierta al consignar como delitos fuente: «u *otros similares que* generen ganancias *ilegales*».

DÉCIMO SEXTO: A su turno, el vigente Decreto legislativo N° 1106, Decreto de Lucha Eficaz contra el Lavado de Activos y otros Delitos relacionados a la Minería Ilegal y Crimen Organizado; "consagró" la deficiente técnica legislativa de las anteriores normas. Es decir, continuó sin incluir el delito fuente -elemento normativo del tipo objetivo- en la misma disposición que tipifica la figura delictiva -esto es, en los artículos 1° [actos de conversión y transferencia], 2° [actos de ocultamiento y tenencia] y 3° [transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito]-; y mantuvo la técnica de regularlo en una disposición independiente; esto es, en el artículo 10°, donde se señala que: «El conocimiento del origen ilícito que tiene o que debía presumir el agente de los delitos que contempla el presente Decreto Legislativo, corresponde a actividades criminales, como los delitos de minería ilegal, el tráfico ilícito de drogas, el terrorismo, los delitos contra la administración pública, el secuestro, el proxenetismo, la trata de personas, el tráfico ilícito de armas, tráfico ilícito de migrantes, los delitos tributarios, la extorsión, el robo, los delitos aduaneros o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el artículo 194° del Código Penal».

El delito fuente como elemento normativo del tipo objetivo del delito de Lavado de Activos

DÉCIMO SÉPTIMO: No obstante la deficiencia de técnica legislativa expuesta en los considerandos precedentes; una interpretación sistemática y teleológico de la ley vigente, permite concluir que el delito fuente sigue siendo un elemento normativo del tipo objetivo de los artículos 1°, 2° y 3°, del Decreto Legislativo N° 1106, modificado por el Decreto Legislativo N° 1249; y que cumple, además, una triple función dogmática; esto es: i) otorga contenido al objeto material del delito; ii) da sentido a la imputación subjetiva; y, iii) justifica la agravante de la pena.

DÉCIMO OCTAVO: Negar que el delito previo constituye elemento normativo del delito de Lavado de Activos; implicaría defender «una interpretación formal y asistemática de los arts. 1, 2 y 3 del D. Leg. N° 1106,

sin ninguna vinculación con el art. 10, segundo párrafo (de dicha norma)»[63]. Con la referencia, en los artículos 1°, 2° y 3° del Decreto Legislativo N° 1106, a un "origen ilícito" de los bienes (dinero, efectos, ganancias o títulos valores), el legislador simplemente quiso «evitar el casuismo excesivo que supone incorporar, en cada uno de los referidos dispositivos legales, la referencia expresa de todos los posibles delitos fuente. Por lo que se ha precisado su contenido en la cláusula general prevista en el segundo párrafo del artículo 10»[64]. En este último artículo, precisamente, es la propia norma la que se encarga de señalar una lista ejemplificativa de delitos fuente.

DÉCIMO NOVENO: La primera función dogmática del delito previo, consiste, justamente, en dotar de contenido al objeto material del delito de Lavado de Activos. Así, los artículos 1°, 2° y 3° del Decreto Legislativo N°1106, señalan que el dinero, bienes, efectos o ganancias, deben tener un *origen ilícito;* lo cual -a partir de consideraciones irrenunciables del carácter fragmentario del Derecho Penal, el principio de unidad del ordenamiento jurídico, y el principio de legalidad-, implica, necesariamente, que provengan de un delito fuente [no de una falta, ni de un ilícito civil o administrativa. Por el contrario, una interpretación meramente literal de los artículos 1°, 2° y 3° de la norma acotada, «traería como necesaria consecuencia, que mediante la incriminación del lavado de activos se habría de reprimir actos de legitimación aparente efectuados sobre cualquier 'origen ilícito[65], lo cual es inaceptable y aflictivo del principio de legalidad»[66].

---

[63] MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel, *El* delito de lavado de activos. Aspectos *sustantivos y* procesales del tipo *base* como delito autónomo, Ira ed., Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 264.

[64] IBÍDEM, p. 264.

[65] Al respecto, véase, GARCÍA CAVERO, Percy, Derecho Penal *económico.* Parte *Especial,* vol. I, 2da ed., Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 576.

[66] MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel, *El* delito de lavado de activos. Aspectos *sustantivos* y procesales del tipo base como *delito autónomo,* 1ra ed., Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 264; en el mismo sentido, GARCÍA CAVERO, Percy, Derecho Penal económico. *Parte* Especial, vol. I, 2da ed., Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 576; para quien, si se sigue una interpretación literal, «habría que concluir que la conducta de lavado de activos podría recaer no sólo sobre activos de procedencia delictiva, sino también sobre los originados por cualquier ilícito en general. En ese orden de ideas, la introducción al mercado legal de activos que provienen de una infracción civil, mercantil o administrativa, podría ser considerada igualmente un delito de lavado de activos. Lo mismo habría que decir si se procede a legitimar activos cuya fuente generadora es la comisión de una falta. Pese a la amplitud del tenor literal, la procedencia ilícita de los activos debe circunscribirse necesariamente a un delito previo, pues el artículo 10 del Decreto Legislativo 1106 establece que el origen ilícito de los activos se corresponde a "actividades criminales" con capacidad de generar ganancias ilegales. Por lo tanto, si bien la redacción de los tipos penales exige únicamente el origen ilícito de los activos, una interpretación sistemática con lo establecido en el artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, limitará el objeto material del delito a las ganancias que provienen de actividades criminales».

VIGÉSIMO: El delito fuente o delito previo es el que permite asignar la característica de ilicitud al objeto material del delito; el cual, precisamente, por esa razón se ha denominado 'lavado' de activos. Si no existiera un delito previo, no habría aún ningún injusto con los actos de conversión, ocultamiento, etcétera, de los bienes[67]. En este orden de ideas, el núcleo del contenido del injusto del delito de lavado de activos y, en consecuencia, la estructura que se ha empleado y se emplea para su tipificación, siempre ha exigido un 'vínculo normativo' con el 'delito previo' que originó los bienes ilícitos[68]. Ello explica que el delito de Lavado de Activos deba considerarse un *delito* de *conexión;* esto es, que exige un delito previo generador de los activos que constituyen su objeto material. En otras palabras: «La característica esencial del delito de lavado de activos viene a ser su conexión con el injusto anterior, puesto que, la punibilidad de la conducta de lavado de activos se fundamenta en que el dinero, bien, efecto o ganancia fueron obtenidos mediante actos delictivos que el agente busca legalizar»[69].

VIGÉSIMO PRIMERO: La segunda función dogmática del delito previo, consiste en especificar el ámbito de la imputación subjetiva. Así, los artículos 1°, 2° y 3° del Decreto Legislativo N° 1106, hacen hincapié en que debe tratarse de bienes «cuyo origen ilícito conoce o debía presumir [el agente]»; texto, sin embargo, a todas luces innecesario; por cuanto, por regla general, el dolo del autor debe abarcar el conocimiento de todos los elementos objetivos del tipo [y el delito fuente lo es]. Es como si en el delito de hurto, o en el de robo, el legislador hubiese señalado expresamente en la descripción típica, que el agente debía conocer el carácter ajeno del bien mueble. En ese sentido, al tener el delito fuente la calidad de elemento normativo del tipo objetivo, el delito de Lavado de Activos no podrá imputarse al agente, si es que éste no conocía dicho elemento normativo. Sin embargo, y pese a la técnica legislativa empleada, el legislador no ha hecho más que resaltar que un aspecto esencial del injusto del Lavado de Activos, es la procedencia delictiva de los bienes; esto es, el delito fuente. Tan es así que, en el artículo 10° de la norma acotada, el legislador también especifica que: «El conocimiento del origen ilícito que tiene o que debía presumir el

---

67 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *El delito* de *Lavado* de Activos. Análisis crítico, Lima: Grijley, p. 149.

68 PARIONA ARANA, Raúl, «La ilusión de la 'Autonomía' del delito de lavado de activos. Después de la dación del Decreto Legislativo N° 1249. ¿Se puede condenar a una persona por lavado de activos sin probar que los bienes objeto del delito provienen de la comisión de un delito previo?», en Actualidad Legal, Boletín N° 3, p. 1.

69 HINOSTROZA PARIACHI, César, El delito de *Lavado* de *Activos. Delito* Fuente, 1ra ed., Lima: Grijley, 2009, p. 32.

agente de los delitos que contempla el presente Decreto Legislativo, corresponde a actividades criminales como los delitos de minería ilegal, el tráfico ilícito de drogas, el terrorismo, los delitos contra la administración pública, el secuestro, el proxenetismo, la trata de personas, el tráfico ilícito de armas, el tráfico ilícito de migrantes, los delitos tributarios, la extorsión, el robo, los delitos aduaneros o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el artículo 194° del Código Penal. El origen ilícito que conoce o debía presumir el agente del delito podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso».

VIGÉSIMO SEGUNDO: Del mismo modo, la importancia del delito fuente en la imputación subjetiva del delito de Lavado de Activos, se constata también en la exigencia legal de que el agente actúe «con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso»; lo que no debe interpretarse como la finalidad psicológica de cada autor del delito; sino, más bien, como la proyección de una sucesión de hechos en una determinada dirección[70]. Esto es, en la práctica, esta intencionalidad debe apreciarse de la propia secuencia de los acontecimientos o de la proyección de la direccionalidad que se da a los hechos (una sucesión de hechos en determinada dirección)[71]. Tal es la importancia de la función que cumple el delito fuente, que la regulación penal del delito de Lavado de Activos, se ha hecho tipificando los actos de colocación dirigidos a ensombrecer el origen de los activos o ciertas conductas periféricas de preparación; pero siempre teniendo en cuenta la fase final de integración de capitales de origen delictivo en el sistema económico[72]. Se trata, en consecuencia, de un contexto objetivo que ordena la actuación concretamente realizada hacia un determinado fin -dificultar la identificación del origen ilícito de los bienes, así como evitar la incautación y decomiso de los mismos-[73]; y cuya verificación resulta necesaria para la configuración típica de las condcutas de Lavado de Activos, previstas en los artículos 1°, 2° y 3° del Decreto Legislativo 1106.

---

70 GARCÍA CAVERO, Percy, Derecho Penal *económico. Parte Especial,* vol. I, 2da ed., Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 608.

71 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino, *El* delito de Lavado de *Activos. Criterios sustantivos* y procesales. *Análisis* del Decreto *Legislativo N° 1106,* 1 ra ed., Lima: Actualidad Penal, 2014, p. 229.

72 GARCÍA CAVERO, Percy, Derecho Penal económico. *Parte Especial,* vol. I, 2da ed., Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 608.

73 PÉREZ BEJARANO/MÁRQUEZ ROSALES, El Ejercicio de la abogacía y sus riesgos respecto al delito de Lavado de Activos en el Perú, 1 ra ed., Lima: Márquez Editores, 2017, p. 104.

VIGÉSIMO TERCERO: La tercera función dogmática que el legislador le asigna al delito fuente, es la de justificar la agravante de la pena. Así, conforme a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 4° del Decreto Legislativo 1106; el marco mínimo de la pena se incrementa hasta los veinticinco años, «cuando el dinero, bienes, efectos o ganancias provienen de la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas». Por lo que, para la imputación de dicha agravante al agente, deberá acreditarse que los bienes provienen de alguno de estos delitos fuente; y, asimismo, que el autor conoce la gravedad del delito previo del que proceden los activos; por lo que si se presenta un error respecto de esta última circunstancia; la agravante no podrá imputarse subjetivamente al agente; tal como lo dispone el artículo 14° del Código Penal.

VIGÉSIMO CUARTO: Asimismo, de la legislación vigente, es posible extraer un argumento adicional, para afirmar que el delito fuente es un elemento normativo del tipo objetivo de Lavado de Activos. Así, el propio Decreto Legislativo 1106, en el último párrafo del artículo 10°, señala: «También podrá ser considerado autor del delito y por tanto sujeto de investigación y juzgamiento por lavado de activos, quien ejecutó o participó en las actividades criminales generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias». Se trata de la consagración expresa del denominado "Autolavado"; esto es, de la posibilidad de castigar como autor de Lavado de Activos, al mismo autor o partícipe del delito previo. Al respecto, con independencia de la legitimidad material de dicha figura legal[74]; lo cierto es que no podrá configurarse una conducta típica de "Autolavado", sin la existencia de un delito previo. En ese sentido, el delito previo es un elemento normativo del tipo objetivo, de configuración necesaria para la imputación del "Autolavado".

VIGÉSIMO QUINTO: El delito de Lavado de Activos se origina en la comisión de un delito fuente, es decir, procede o proviene de un ilícito penal cuyo objeto material genera ganancias ilegales[75]. En consecuencia, el delito fuente no solamente es un elemento normativo del tipo objetivo, del delito de Lavado de Activos; sino que constituye, además, un aspecto esencial y gravitante del injusto

---

[74] Sobre esta problemática, POLAINO ORTS, Miguel, «Normativización de los títulos de imputación en el Blanqueo de Capitales: cuestiones problemáticas fundamentales de la Parte General», en AMBOS/CARO CORIA/MALARINO, Lavado de Activos y Compliance. Perspectiva internacional y Derecho Comparado, Lima: Jurista Editores, 2015, p. 271 y ss.

[75] HINOSTROZA PARIACHI, César, El delito de Lavado de Activos. Delito Fuente, lra ed., Lima: Grijley, 2009, p. 32.

material de dicho delito. Precisamente, en el fundamento §5.32 del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-1 16 de las Salas Penales de la Corte Suprema, se estableció que: «El delito fuente, empero, es un elemento objetivo el tipo legal -como tal debe ser abarcado por el dolo- y su prueba condición asimismo de tipicidad». Doctrina jurisprudencial que se mantiene vigente; al resultar concordante con la legislación vigente, con la jurisprudencia y con los desarrollos de la dogmática jurídico-penal; conforme se ha expuesto anteriormente. En consecuencia, la Sala Superior, en el Auto de Vista N° 259-2016, de fecha siete de noviembre de dos mil dieciséis, se apartó indebidamente de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116; incurriéndose, con ello, en la causal de casación prevista en el inciso 5 del artículo 429° del Código Procesal Penal.

¿Autonomía del delito de Lavado de Activos?

VIGÉSIMO SEXTO: La Sala Penal Superior, en el Auto de Vista N° 259-2016 (p. 15), sostuvo que el delito de Lavado de Activos es un delito autónomo, cuya acreditación no depende del refrendo de un delito previo; sino que «es suficiente con que existan indicios razonables que vinculen a los activos con la actividad criminal previa, como lo señala la doctrina, la normatividad nacional e internacional, así como la jurisprudencia y acuerdos vinculantes de nuestra Corte Suprema». Si bien es cierto, un sector de la doctrina nacional entiende la autonomía del delito de Lavado de Activos, como una "autonomía absoluta"; sin embargo, es preciso determinar si tal posición, defendida por la Sala Superior, es la recogida por el Decreto Legislativo 1106 y por la doctrina jurisprudencial vinculante de la Corte Suprema en los Acuerdos Plenarios N° 3-2010/CJ-116 y N° 7-2011/CJ-116

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Previamente, es importante precisar que el Decreto Legislativo 1106, fue modificado por el Decreto Legislativo N° 1249, publicado en el Diario Oficial El Peruano, con fecha 26 de noviembre de 2016. Así, esta última norma modificó el artículo 10° del Decreto Legislativo 1106, añadiendo el término "sanción"; esto es que: «El lavado de activos es un delito autónomo por lo que para su investigación, procesamiento y sanción no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o condena». Esta modificación legal, sin embargo, no resulta aplicable retroactivamente a los hechos materia de imputación del presente proceso; toda vez que, según la tesis del Ministerio

Público, los actos de transferencia realizados por el procesado JADER HARB RIZQALLAH GARIB se realizaron en el periodo comprendido entre el mes de julio del 2013 a marzo de 2014; por lo que, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 6° del Código Penal, corresponde aplicar la norma de lavado de activos vigente, antes de la modificatoria efectuada por el Decreto Legislativo N° 1249.

VIGÉSIMO OCTAVO: Una vez aclarado lo anterior; cabe señalar que, en cuanto a la «autonomía»; el artículo 10° el Decreto Legislativo N° 1106 -en su texto vigente antes de la modificatoria efectuada por el Decreto Legislativo N° 1249-, establecía que el delito de Lavado de Activos es *autónomo* en el sentido de que, «para su investigación o procesamiento, no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o de sentencia condenatoria»; con lo cual, es el propio texto de la norma el que deja en claro que la autonomía del delito de Lavado de Activos, es tan solo una autonomía procesal; esto es, para la investigación o procesamiento por delito de Lavado de Activos, no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o de sentencia condenatoria; empero -de acuerdo con una interpretación a contrario *sensu*-, para la condena por Lavado de Activos, la prueba del delito fuente sí será necesaria. En consecuencia, para desvirtuar la presunción de inocencia, la prueba del delito fuente deberá ser acreditada -ya sea mediante prueba directa o indiciaria; la que deberá ser debidamente motivada en la respectiva sentencia.

VIGÉSIMO NOVENO: Estas conclusiones encuentran pleno respaldo en la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema al respecto. Así, en el fundamento §5. 35° del Acuerdo Plenario N° 03-2010, del 16 de febrero de 2010; se estableció como doctrina jurisprudencial que: «Es obvio que no bastarán las simples sospechas, recelos o dudas sobre la procedencia del dinero, bienes, efectos o ganancias, sino que será precisa la certeza respecto al origen ilícito». A partir de estos lineamientos, en un pronunciamiento reciente; la entonces Sala Penal Transitoria -hoy Primera Sala Penal Transitoria- de la Corte Suprema ha exigido: «(i) que tal situación [la actividad delictiva precedente] se acredite en sus aspectos sustanciales, que permitan delinear el carácter delictivo de la misma; y (ii) que la prueba de tal situación delictiva del activo maculado en cuestión, debe equipararse a los estándares racionales de la acreditación delictiva en general.

No es de admitir, en atención a la garantía de presunción de inocencia, niveles distintos de patrones probatorios o estándares de prueba, entre los diversos elementos objetivos y subjetivos del tipo legal, en especial del origen criminal o de la procedencia delictiva de dinero, bienes, efectos o ganancias»[76]. Con lo cual se ha definido, a partir de la jurisprudencia, una exigencia ineludible que pasa a integrar el estándar probatorio requerido para obtener certeza, respecto del origen ilícito de los bienes en el delito de Lavado de Activos[77].

TRIGÉSIMO: La línea jurisprudencial antes descrita, ha sido consolidada por esta Segunda Sala Penal Transitoria; al haberse señalado, en reciente pronunciamiento jurisprudencial que: «En el proceso penal por lavado de activos debe estar suficientemente probada la realización del delito fuente, así como que los activos generados por este delito, son los que constituyen objeto del lavado de activos» [GARCÍA CAVERO, Percy, Derecho Penal Económico. Parte Especial, vol. I, 2da ed., Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 596]. En ese sentido, para arribar a una condena por lavado de activos, bastará con acreditar los extremos indispensables que hagan a la materialidad del hecho previo -esto es, sus efectos lesivos y las circunstancias de tiempo y lugar-, a su dominabilidad por parte del autor y a su condición de evento originante de los bienes sometidos a maniobra del lavador [ORsI, Omar G., Lavado de *dinero* de *origen* delictivo, 1ra ed., Buenos Aires: Hamurabi, 2007, p. 623 y ss]. Por otra parte, en cuanto al grado de realización del delito previo, se exige por lo menos la tentativa, también se aceptan los actos preparatorios punibles, siempre en la medida que de ellos deriven bienes idóneos para ser objeto de blanqueo [CARO CORIA, Dino Carlos, «Sobre el tipo básico de lavado de activos». Disponible en línea: (http://www.cedpe.com/centro_info/archivos/ainteres/doc06.pdf) p. 20]. No satisface el principio de imputación necesaria la vinculación con una actividad delictiva en general. (...) Al tratarse -el origen ilícito de los bienes- de un elemento constitutivo y necesario del tipo penal de Lavado de Activos, resulta menester que su estándar probatorio sea concordante con las garantías constitucionales y procedimentales, que tienen que ver con el Principio de Presunción de Inocencia, Derecho de Defensa e Imputación Necesaria. No se cumple con estas

---

[76] Ejecutoria Suprema dictada en el Recurso de Nulidad N° 2868-2014/Lima (Sala Penal Transitoria), del 21 de diciembre de 2016, *F.J.* Décimo». Ponente: SAN MARTÍN CASTRO.

[77] En ese sentido, también en la Ejecutoria Suprema dictada en el Recurso de Nulidad N° 3091-2013/ Lima (Sala Penal Permanente), del 21 de abril de 2015, F.J. Cuarto». Ponente: PARIONA PASTRANA; se señaló que: «para poder hablar de un delito de lavado de activos ha de tenerse indicios de delitos cometidos previamente, los cuales hayan producido ganancias ilícitas que lavar».

exigencias, si la prueba de este elemento normativo se agota en una referencia vaga y genérica a una "actividad criminal previa", sin mayores especificaciones [HERRERA GUERRERO, Mercedes, «El delito de lavado de activos y la prueba de la procedencia delictiva de los bienes», en Revista *Ita lus Esto,* Universidad de Piura, p. 7]. Por ello, la alegación de que `únicamente se debe probar el origen ilícito de los bienes y no la actividad criminal previa que produjo dichos bienes', resulta ilógica y contradice flagrantemente el principio de legalidad y las garantías de la prueba [PARIONA ARANA, Raúl, «La ilusión de la `Autonomía' del delito de lavado de activos. Después de la dación del Decreto Legislativo N° 1249. ¿Se puede condenar a una persona por lavado de activos sin probar que los bienes objeto del delito provienen de la comisión de un delito previo?», en Actualidad Legal, Boletín N° 3, p. 2]; pues resulta materialmente imposible probar el "origen ilícito" de un bien, sin tener certeza de qué hecho delictivo concreto -idóneo para producir cierta cantidad de ganancias- provienen»[78].

TRIGÉSIMO PRIMERO: Con respecto a la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema; en el fundamento §5.31 del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116; también se explica la autonomía procesal del delito de Lavado de Activos; al señalarse -en perfecta armonía con lo establecido en el primer párrafo del artículo 10 del Decreto Legislativo 1106-, que «la vinculación de la actividad de lavado de activos con el delito fuente, no puede supeditarse a la estricta aplicación de la reglas de la accesoriedad que puedan condicionar su naturaleza de figura autónoma y del bien jurídico, también autónomo, afectado por el lavado». En ese sentido -se agrega en el referido Acuerdo Plenario-, no es menester «que conste acreditada la comisión [del delito fuente] mediante sentencia firme, ni siquiera que exista investigación en trámite ni proceso penal abierto. Es decir, expresamente se ha descartado una prejudicialidad homogénea de carácter devolutiva». En consecuencia, de los fundamentos glosados de dicho Acuerdo Plenario; se evidencia que la Corte Suprema se refirió únicamente a la autonomía procesal del delito de Lavado de Activos; por cuanto una vinculación absoluta, esto es, la paralización del proceso por lavado de activos, hasta la acreditación definitiva del delito previo, llevaría a la impunidad práctica del delito de Lavado de Activos[79].

---

[78] Ejecutoria Suprema dictada en el Recurso de Nulidad N° 3036-2016/Lima (Primera Sala Penal Transitoria), del 10 de julio de 2017, Fs.Js. Décimo octavo y Décimo noveno». Ponente: HINOSTROZA PARIACHI.

[79] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, «Evolución de la criminalización del Lavado de Activos en la doctrina práctica de Perú y Alemania», en AMBOS/CARO CORIA/MALARINO, Lavado de *Activos y Compliance.* Perspectiva *internacional y* Derecho Comparado, Lima: Jurista Editores, 2015, p. 74 y ss.

Es el propio Acuerdo Plenario *in* comento, el que deja en claro, en el punto §5.32, que: «El delito fuente, empero, es un elemento objetivo del tipo legal -como tal debe ser abarcado por el dolo- y su prueba condición asimismo de tipicidad».

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Ahora bien, incluso a partir del nuevo texto del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106 -modificado por el Decreto Legislativo N° 1249-; es posible seguir manteniendo la autonomía únicamente procesal del delito de Lavado de Activos. Así, con la modificación del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106, se buscó hacer compatible el texto de dicha norma, con lo previsto por el Acuerdo Plenario N° 7-2011/CJ-11; en cuyos puntos 9, 10 y 11, se desarrollan aquellos casos específicos donde puede configurarse delito de Lavado de Activos, antes de la realización del delito fuente [v.gr. Que el pago por la venta ilícita se haga antes de la entrega o pago por adelantado]; esto es, se trata de casos en los cuales podría haber ganancia ilícita antes de la ejecución del delito fuente. A estos casos, precisamente, es que se refiere la modificatoria del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106, efectuada por el Decreto Legislativo N° 1249; a fin de hacer compatible el texto de la ley, con este tipo de casos específicos, ya contemplados con anterioridad por el Acuerdo Plenario N° 7- 2011/CJ-11.

TRIGÉSIMO TERCERO: En cuanto a la autonomía procesal del delito de Lavado de Activos; tanto el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-1 16, como el Acuerdo Plenario N° 7-2011/CJ-11; guardan coherencia con lo dispuesto por el Decreto Legislativo 1106. Sin embargo, la Sala Superior, en el Auto de Vista N° 259-2016, ya mencionado, también se apartó indebidamente de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema; incurriendo, con ello, en la causal de casación prevista en el inciso 5 del artículo 429° del Código Procesal Penal.

Vulneración del Principio de Legalidad -lex cerca- mediante la utilización de la cláusula abierta «cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales

TRIGÉSIMO CUARTO: El principio de legalidad está reconocido en el artículo 2° inciso 24 literal d) de la Constitución Política, donde se establece que: «Nadie será procesado *ni* condenado por acto u *omisión* que *al tiempo* de *cometerse no esté* previamente calificado *en la* ley, de manera expresa e inequívoca, como *infracción punible; ni sancionado con* pena no prevista en la ley». Del mismo modo, se ha consagrado expresamente como un principio general del

Derecho Penal -incluso del Derecho Sancionador-, previsto en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal, el cual textualmente señala que: «Nadie será sancionado por un acto *no previsto* como *delito o falta por la ley vigente al momento* de *su comisión, ni* sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella». En este sentido, en la medida que el principio de legalidad se muestra como un requerimiento de la configuración de nuestro concreto sistema político-social, el Derecho Penal tendrá que asumirlo en sus mecanismos de imputación[80].

TRIGÉSIMO QUINTO: El Tribunal Constitucional, ha sostenido que el principio de legalidad exige que por ley se establezcan los delitos, así como la delimitación previa y clara de las conductas prohibidas; y, como tal, garantiza la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (lex praevia), la prohibición de la aplicación de otro derecho que no sea el escrito (lex scripta), la prohibición de la analogía (lex *stricta)* y de cláusulas legales indeterminadas (lex certa)[81]. La exigencia de ley previa -lex praevia- impide que las leyes penales puedan aplicarse retroactivamente, para castigar como delito una conducta anterior a la entrada en vigencia de la ley penal o para imponer una pena no prevista en dicha ley, con anterioridad a la realización del delito; con excepción de la retroactividad benigna. Por su parte, la llamada reserva de ley -lex scripta-, establece que solamente por ley se pueden crear delitos y establecer penas; mientras que el *mandato* de certeza o determinación -lex ceda- impone al legislador, el deber de precisar en la ley penal todos los presupuestos que configuran la conducta penalmente sancionada y la pena aplicable. Por último, el principio de legalidad -en su vertiente de lex *stricta-,* impide que el juzgador recurra a la analogía *in malam* partem, para sancionar una conducta; tal como lo dispone el artículo 139° inciso 9 de la Constitución Política y el artículo III del Título Preliminar del Código Penal.

TRIGÉSIMO SEXTO: El contenido del principio de legalidad, incluye la exigencia de lex ceda, como complemento de la prohibición de analogía, generalización o extensión, por cuanto excluye el carácter *difuso* de los enunciados o *términos* usados por el legislador en materia penal[82]. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que «la ambigüedad en la formulación de los tipos penales, genera dudas y abre campo al arbitrio

---

80 GARCÍA CAVERO, Percy, Derecho Penal. Parte General, 2da ed., Lima: Jurista, 2012, p. 141.

81 STC dictada en el Exp. 0010-2002-AI/TC, F.J., §8.1.

82 YACOBUCCI, Guillermo, *El* sentido de los *principios* penales, Buenos Aires: B de F, 2014, p. 456.

de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad»[83]. En ese sentido, la exigencia de lex cerca o mandato de determinación; «se ordena a evitar la absoluta discrecionalidad judicial, permitir que la comprobación de los elementos constitutivos del tipo progrese dentro de un control razonable, (...) reclamar del legislador el mayor grado posible de precisión según la materia a regular y favorecer la motivación de los ciudadanos con la consiguiente fidelidad al derecho»[84]. Mediante la utilización de la fórmula legal «o *cualquier otro con* capacidad de generar ganancias *ilegales*» -propia de una técnica legislativa que no tiene sustento alguno-, prevista en el segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106, se ha vulnerado, precisamente, la exigencia de lex cerca, derivada del Principio de Legalidad Penal. La utilización de una fórmula legal tan ambigua como «cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales»; impide que el destinatario de la norma de lavado de activos, pueda saber con certeza qué conductas busca reprimir, realmente, el legislador; esto es, qué delitos pueden considerarse como delitos fuente de lavado de activos.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: El Decreto Legislativo N° 1106, no solamente arrastró la misma deficiencia de técnica legislativa que presentaron, tanto la Ley 27765, como el Decreto Legislativo 986, respecto del desmembramiento del delito fuente; sino que, en el mismo artículo 10° del acotado Decreto legislativo N° 1106, mediante una infeliz redacción, se incrementó aún más la indeterminación de la norma; al sustituir la frase «u otros *similares* que generen ganancias ilegales» -que contemplaba la Ley 27765 y el Decreto Legislativo 986°-, por «o cualquier otro con capacidad ***de generar ganancias ilegales*».**

Si bien, por un lado, la nueva redacción haría ahora indubitable que el elemento "ganancia económica" sería una cualidad genérica del delito previo ["capaz de generar ganancias"] y no al caso concreto; sin embargo, se ha eliminado, al mismo tiempo, el criterio de la similitud con respecto a los delitos nominados[85].

TRIGÉSIMO OCTAVO: La anterior exigencia -contemplada en la Ley 27765 y en el Decreto Legislativo 986- de una «similitud» con los delitos

---

[83] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Baena, Ricardo y otros", parágrafos 108 y 115; "Cantoral Benavides", parágrafo 157, y "Castillo Petruzzy y otros", parágrafo 121.

[84] YACOBUCCI, Guillermo, *El sentido* de los *principios* penales, Buenos Aires: B de F, 2014, p. 457.

[85] Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, El *delito* de Lavado de Activos. *Análisis* crítico, Lima: Grijley, p. 140.

expresamente mencionados, «permitía concluir que no cualquier delito podía ser considerado un delito previo, sino solamente aquellos que eran similares, en cuanto a la gravedad con los delitos expresamente mencionados.

Esta conclusión se correspondía además, con lo establecido en el punto 30 del Acuerdo Plenario N° 03-2010, en el sentido de que, por delitos similares, debía entenderse a los que estaban sancionados con penas privativas de libertad significativas y habían sido realizados tendencialmente en delincuencia organizada»[86]. El Decreto Legislativo 1106 ha eliminado la referencia a la «similitud» y solamente exige que los otros delitos fuente -además del numerus clausus- sean capaces de generar ganancias ilegales, lo cual parece abrir desmesuradamente la cantidad de delitos previos[87]. En ese sentido, «lo único que queda claro es que [ese 'cualquier otro'] debe tratarse de un delito (no de cualquier ilícito y ni tan siquiera de una falta). Pero sobre la entidad del delito no se exige nada, por lo que cualquier figura delictiva que genera ganancias podría ser considerada un delito previo en los términos de la Ley contra el lavado de activos»[88].

TRIGÉSIMO NOVENO: Nada le impedía al legislador, haber utilizado una fórmula legal más respetuosa de la exigencia de lex ceda; v.gr. «y todos los demás *delitos* dolosos contemplados en el *Código* Penal y leyes penales *especiales»;* o, «y todos los demás delitos *dolosos previstos* en el *Código* Penal *y leyes* penales especiales, que *contemplen* una pena privativa de libertad *superior a los seis* (o cuatro) años», etcétera; con lo cual, cuando menos, el destinatario de la norma hubiese tenido certeza del contenido de la prohibición del delito de lavado de activos. No obstante, cabe advertir que, si el legislador hubiese querido excluir como delito fuente del delito de Lavado de Activos, únicamente, al delito de receptación; entonces, fácilmente hubiese utilizado una fórmula como «y todos los demás delitos previstos en el Código Penal y leyes penales especiales, con excepción de los actos contemplados en el artículo *194°* del Código acotado». Al no haberse empleado esta última fórmula, queda claro que el delito de receptación, previsto en el artículo 194° del Código Penal, no es el único delito excluido del catálogo

---

86 GARCÍA CAVERO, Percy, «Dos cuestiones problemáticas del delito de Lavado de Activos: El delito previo y la cláusula de aislamiento», en ABANTO VÁSQUEZ/CARO JOHN/MAYHUA QUISPE, *Imputación y Sistema* Penal, Lima: Ara Editores, 2012, p. 421 y SS.

87 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, El *delito* de Lavado de Activos. *Análisis* crítico, Lima: Grijley, p. 140.

88 GARCÍA CAVERO, Percy, «Dos cuestiones problemáticas del delito de Lavado de Activos: El delito previo y la cláusula de aislamiento», en ABANTO VÁSQUEZ/CARO JOHN/MAYHUA QUISPE, *Imputación y Sistema* Penal, Lima: Ara Editores, 2012, p. 422.

de delitos fuente del delito de Lavado de Activos; puesto que, como acabamos de señalar, a partir del propio tenor literal de la ley se descarta dicha posibilidad.

CUADRAGÉSIMO: Incluso, es pertinente precisar que, cuando el legislador, en el segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106, utiliza la expresión «con excepción de *los actos* contemplados en el *artículo* 194° del Código Penal[89]; ello se obedece a un desacierto legislativo que tiene una explicación histórica. Esto es, desde que se cambió al modelo de ley especial (es decir, la regulación del lavado de activos fuera del Código Penal), todas las leyes posteriores, de forma mecánica, solamente exceptuaron expresamente, de los delitos previos, el artículo 194° del Código Penal[32]; pero ello se debió a que fue la única forma de Receptación que conoció el legislador de 1992. Hasta la actualidad, el legislador no ha tomado noticia de que, entretanto, existen otros tipos de receptación: la distribución ilícita de señales de satélite codificadas (artículo 194°-A), y las formas agravadas de receptación (artículo 195°), aplicable en caso de que la "receptación" se tratara de bienes provenientes de la comisión de delitos de secuestro, extorsión y trata de personas[90].

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: En consecuencia, en nuestra legislación vigente, no cualquier delito puede constituir delito fuente del delito de Lavado de Activos. Ahora bien, ¿cuáles son esos "otros delitos" que tampoco constituyen delito fuente de Lavado de Activos? El legislador no dice nada al respecto; por lo que la vulneración a la lex certa, que se hace con el segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106, es manifiesta; resultando indispensable identificar criterios para una interpretación de la norma acorde con la exigencia de lex certa, como componente del principio constitucional de legalidad penal sustancial.

El delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, ¿Se subsume dentro de la cláusula abierta «o cualquier otro con ***capacidad de generar ganancias ilegales» ?; y, por tanto,*** ¿constituye delito fuente o delito previo del delito de Lavado de ***Activos?***

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: Tal y conforme se precisó en el considerando octavo de la presente Sentencia de Casación; en el presente caso, se declaró bien concedido el recurso de casación por las causales previstas en los incisos 3 [indebida aplicación o errónea interpretación de la Ley penal] y 5 [apartamiento

---

89 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *El* delito de Lavado de Activos. *Análisis* crítico, Lima: Grijley, p. 224 y ss.

90 IBÍDEM, p. 224.

de la doctrina jurisprudencial] del artículo 429° del Código Procesal Penal. Esta última causal ya fue objeto de pronunciamiento de fondo, en los considerandos vigésimo quinto y trigésimo tercero; por lo que corresponde, ahora, determinar si la Sala Superior ha incurrido también en la causal de indebida aplicación o errónea interpretación de la Ley Penal; esto es, del segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106.

CUADRAGÉSIMO TERCERO: En el caso de autos, el Ministerio Público, al Formalizar Investigación Preparatoria contra JADER HARB RIZQALLAH GARIB; consideró que el delito contra el patrimonio, en la modalidad de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, sí constituye delito fuente del delito de Lavado de Activos; criterio que fue compartido por la Segunda Sala Penal de Apelaciones, de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. Contrariamente a ello, la defensa técnica del procesado JADER HARB RIZQALLAH GARIB; postuló, como argumentos centrales de su recurso de Casación bien concedido, que considerar el delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, como delito fuente del delito de Lavado de Activos; implica una errónea interpretación e indebida aplicación de la Ley Penal -esto es, del artículo 10° del Decreto legislativo N° 1106-; y, además, un claro apartamiento de la doctrina jurisprudencial. Al respecto, habiendo ya constatado la existencia de un apartamiento de la doctrina jurisprudencial; queda por determinar si en el Auto de Vista recurrido, la Sala Superior ha incurrido en una errónea interpretación y/o indebida aplicación del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106.

CUADRAGÉSIMO CUARTO: Si bien, el artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, se refiere al delito previo como una "actividad criminal" y menciona expresamente delitos especialmente graves; sin embargo, al final utiliza una cláusula general que permite abarcar cualquier figura delictiva al consignar: «O *cualquier* otro con capacidad de generar ganancias ilegales». Con esta nueva redacción del dispositivo legal, lo único que queda claro es que debe tratarse de un delito (no de cualquier ilícito y ni tan siquiera de una falta); pero sobre la entidad del delito no se exige nada, por lo que -de acuerdo con una interpretación meramente literal-cualquier figura que genere ganancias, podría ser considerada un delito previo en los términos de la Ley contra el lavado de activos[91]; incluyendo el delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas.

---

[91] GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho* Penal económico. Parte *Especial,* vol. I, 2da ed., Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 578.

CUADRAGÉSIMO QUINTO: En nuestro sistema penal, no se asume un sistema de catálogo cerrado, ni se establece expresamente un criterio de gravedad de los delitos previos del delito de Lavado de Activos; sino que se hace una enumeración ejemplificativa de aquellos, cuyas ganancias pueden ser objeto del delito de lavado de activos[92]. Al respecto, mientras un catálogo cerrado favorecería de manera absoluta la determinación de la medida de lo típicamente relevante, la utilización de una cláusula abierta como «u otras con capacidad de generar ganancias», implica no solamente dejar abierto un campo de ponderación casuístico o circunstancial; sino también derivar a la función judicial la concreción del significado de dicha expresión y de su contenido valorativo; con el peligro de que el Juez pueda manejarse con criterios meramente subjetivos, de apreciación individual, espontánea y carente de fundamento; esto es, arbitrario.

CUADRAGÉSIMO SEXTO: En consecuencia, una interpretación meramente literal de la frase «o *cualquier* otro con capacidad de *generar* ganancias»; resulta insuficiente para determinar si, de acuerdo con el Decreto Legislativo N° 1106, el delito de Fraude en la Administración de las Personas Jurídicas, puede constituir delito fuente del delito de Lavado de Activos. En ese sentido, es importante anotar que: «Un punto especialmente complejo dentro de las decisiones de política criminal tomadas en nuestro tiempo, es el relativo a los enunciados típicos que asumen la noción de lucha, ya sea contra el terrorismo, la criminalidad organizada o los crímenes transnacionales. El adelantamiento de la punición y la formulación de conceptos normativos se plantean como un gran desafío»[93]. Por lo que, ante la oscuridad manifiesta del legislador; corresponde observar lo dispuesto por el inciso 8 del artículo 139° de la Constitución Política, donde se establece que: «Son principios y derechos de la función jurisdiccional (...). El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario».

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO: El criterio esencial para la interpretación de la ley penal, se encuentra en la determinación del fin de la regulación (telos). De otra forma, no sería posible justificar una decisión judicial, más allá de la sola subjetividad del juez. Cada ley tiene un fin de regulación independiente de la voluntad del juez, encargado de utilizarla para la solución de un caso

---

92 IBÍDEM, p. 577.

93 YACOBUCCI, Guillermo, *El sentido* de los *principios* penales, Buenos Aires: B de F, 2014, p. 466

concreto, de manera que la plausibilidad de la interpretación depende de la correcta determinación del fin de regulación de la ley[94]. Ante situaciones donde la legislación penal -como es el caso de la lucha contra el Crimen Organizado- no puede renunciar a la utilización de conceptos jurídicos indeterminados y, por ello, necesitados de concreción, se verifica la concurrencia de las dos instancias implicadas en el desarrollo de la norma. Así, el legislador y la jurisprudencia actúan a través de una colaboración en la que se reparten el trabajo y determinan lo que es punible. En tal caso, la indeterminación de una ley no se puede juzgar en general, solamente teniendo en cuenta su texto, sino, de manera adecuada, integrando las posibilidades de interpretación judicial de tal ley[95]. Sobre la base de estas premisas corresponde, en consecuencia, determinar si el delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, se encuentra o no dentro del alcance de la cláusula abierta: «o cualquier otro con capacidad de *generar ganancias ilegales»;* contenida en el segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106.

CUADRAGÉSIMO OCTAVO: Al respecto, si revisamos el contexto del Derecho Internacional Público, la conveniencia de establecer un criterio de restricción -respecto a los delitos que pueden constituir delito fuente del Lavado de Activos-, es resaltada en diversos instrumentos internacionales; como sucede con la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000 (llamada Convención de Palermo), en donde se establece el compromiso de los Estados de tipificar los actos de lavado en relación con bienes que procedan de delitos graves.

CUADRAGÉSIMO NOVENO: En esa misma línea, si atendemos al Derecho Comparado; en diversos ordenamientos legislativos de otros países, se hace una restricción de los delitos previos por medio de una lista taxativa o un criterio general de gravedad (el criterio del umbral)[96]. El criterio de la lista taxativa, es utilizado en países como Chile, Colombia y Uruguay[97], y hasta hace poco fue asumido también por la normativa penal brasilera. El criterio del umbral, por su

---

94 GARCÍA CAVERO, Percy, Derecho Penal. *Parte General,* 2da ed., Lima: Jurista Editores, 2012, p. 286.

95 Cfr. YACOBUCCI, Guillermo, *El* sentido de *los* principios penales, Buenos Aires: B de F, 2014, p. 462.

96 IBÍDEM, p. 576.

97 HINOSTROZA PARIACHI, César, *El delito* de *Lavado* de Activos. *Delito Fuente,* 1ra ed., Lima: Grijley, 2009, p. 186 y ss.

parte, fue seguido por la regulación española hasta hace algunos años[98]. Pero, en todo caso, lo que queda claro es que no todos los delitos pueden constituir delito fuente del Delito de Lavado de Activos; sino solo aquellos que presentan cierta entidad; esto es, solamente los delitos graves; no siendo el caso del delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, por cuanto no reviste gravedad.

QUINCUAGÉSIMO: Por otra parte, de acuerdo con una interpretación histórica del delito de Lavado de Activos; es importante resaltar que en la ley penal contra el lavado de activos anterior (Ley N° 27765), el artículo 6° hacía una enumeración de la clase de delitos previos que podían dar lugar a un delito de lavado de activos (tráfico ilícito de drogas, delitos contra la Administración Pública, secuestro, etc.), pero había la posibilidad de considerar también a otros delitos "similares"[99]. La exigencia de una "similitud" con los delitos expresamente mencionados, permitía concluir que, no cualquier delito podía ser considerado un delito previo, sino solamente aquellos que eran similares en cuanto a la gravedad con los delitos expresamente mencionados[100]. Esta conclusión se correspondía, además, con lo establecido en el fundamento §5.30 del Acuerdo Plenario N° 3-2010, donde -a partir de una interpretación sistemática y teleológico-, se concluyó que, por delitos "similares", debía entenderse a los que estaban sancionados con penas privativas de libertad significativas y habían sido realizados tendencialmente en delincuencia organizada.

QUINCUAGÉSIMO PRIMERO: Asimismo, es el propio legislador quien ha denominado al Decreto Legislativo N°1106, como «Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el Lavado de Activos y otros delitos relacionados a la Minería Ilegal y Crimen Organizado». Por lo que, las disposiciones legales contempladas en dicha norma, deben interpretarse en función, principalmente, de la represión de conductas relacionas directamente con el Crimen Organizado; lo que implica, necesariamente, la referencia a delitos que revisten considerable gravedad. Precisamente, los delitos fuente incluidos en la lista del segundo párrafo del artículo 10° de la norma acotada; son delitos en los que claramente se identifica, la producción causal de un resultado económico surgido a partir de un acto delictuoso; constituyen, además, delitos de especial gravedad [minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, delitos contra la administración pública, el

---

98 GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho* Penal económico. Parte Especial, vol. I, 2da ed., Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 577.

99 GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho* Penal económico. Parte *Especial,* vol. I, 2da ed., Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 577.

100 IBÍDEM, p. 577.

secuestro, el proxenetismo, la trata de personas, el tráfico ilícito de armas, tráfico ilícito de migrantes, los delitos tributarios, la extorsión, el robo, y los delitos aduaneros].

QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO: En consecuencia, aunque la cláusula abierta del segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106, solo pone el acento en la capacidad del delito previo de "generar ganancias ilegales"; sin embargo, una interpretación histórica, de *ratio legis,* sistemática y teleológico; de la referida norma; hace exigible que solamente puedan constituir delitos fuente -subsumibles en la cláusula abierta «o cualquier otro con capacidad de generar ganancias *ilegales*»-, ciertos delitos graves, que tengan capacidad para generar ganancias ilegales; cuya determinación requerirá de una motivación cualificada por parte del operador jurídico, dada la significativa indeterminación de la cláusula abierta en mención.

QUINCUAGÉSIMO TERCERO: El delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, previsto en el artículo 198° del Código Penal, no constituye delito fuente del delito Lavado de Lavado de Activos; al no revestir gravedad; lo cual se evidencia en cuatro planos: i) en el plano *sustantivo;* la penalidad conminada es escasa [no menor de uno ni mayor de cuatro años], lo cual implica que el legislador no pretende asegurar la imposición de una pena privativa de libertad efectiva; ii) en el plano procesal; en materia cautelar, se trata de un delito que nunca motivaría un requerimiento de prisión preventiva; ya que no cumple con el requisito de *prognosis* de pena; y ello por más peligro procesal que hubiere; iii) en el plano procesal; se enmarca dentro del grupo de delitos que, por lo general, se van a resolver en sede de negociación procesal; iv) en el plano *criminológico;* se agrupa dentro de los delitos con poca incidencia judicial; esto es, que son resueltos, por lo general, en sede extrajudicial.

QUINCUAGÉSIMO CUARTO: Si bien, desde un plano abstracto, la comisión del delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, podría generar ganancias económicas a su autor; ello también podría predicarse, siempre abstractamente, de cualquier otro delito; por lo que es necesaria la concurrencia del requisito de gravedad del delito fuente; conforme a los criterios establecidos en el considerando precedente.

QUINCUAGÉSIMO QUINTO: De otro lado, siendo el delito fuente un elemento normativo del tipo objetivo de Lavado de Activos; la imputación debe comprender, mínimamente, el hecho o suceso fáctico que generó las ganancias ilegales; el lugar, tiempo y espacio en que ocurrió; todo ello, para garantizar el principio de imputación necesaria y el derecho de defensa del imputado. Si

solo se hace referencia al nomen *iuris* del delito fuente, sin precisar ningún dato adicional; entonces, no habrá delito fuente; y, en consecuencia, faltará un elemento normativo del tipo objetivo, deviniendo la conducta imputada en atípica. En el caso de autos, la Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio de Arequipa, al formalizar Investigación Preparatoria contra el investigado recurrente, solo hizo referencia al nomen *iuris* del delito fuente (Fraude en la Administración de Personas Jurídicas); sin precisar ningún otro dato adicional; a pesar que a dicho investigado se le atribuye un presunto "Autolavado". En consecuencia, el hecho que se le imputa resulta atípico.

QUINCUAGÉSIMO SEXTO: Al respecto, este Supremo Tribunal, considera que para incluir un determinado delito [como delito fuente] en la cláusula abierta «o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales» -prevista en el segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106-, se tendrá en cuenta los siguientes factores: i) La descripción del suceso fáctico, ocurrido en un tiempo y lugar determinado; mencionando a su presunto autor o partícipe. ii) El conocimiento o presunción de conocimiento del agente, sobre dicho delito previo; iii) Su capacidad para generar ganancias ilegales; y, iv) la gravedad del delito, en atención a la pena conminada en el tipo penal correspondiente; los mismos que serán materia de una motivación cualificada. De esta forma se evitará la vulneración del principio de legalidad, en su vertiente de lex cerca.

QUINCUAGÉSIMO SÉPTIMO: La indebida aplicación y la errónea interpretación de la Ley Penal, son formas de infracción de la ley material; previstas como causales de casación en el inciso 3 del artículo 429° del Código Procesal Penal. «La indebida aplicación supone que se han subsumido los hechos, que se han estimado probados, dentro del ámbito de una norma inaplicable (...), el error recae en la norma aplicable que se escogió»[101]. De otro lado, existe errónea interpretación cuando «el juez da a la norma correctamente elegida un sentido equivocado, haciéndole producir consecuencias que no resultan de su contenido (...). En otras palabras, los procesos de selección y adecuación que se aplica al caso son correctos, pero al interpretar el precepto le atribuye un sentido que no tiene o le asigna distintos o contrarios a su contenido»[102].

QUINCUAGÉSIMO OCTAVO: En el caso de autos, la Sala Superior utilizó la norma aplicable al caso -esto es, el segundo párrafo del artículo 10° del

---

[101] SAN MARTÍN CASTRO, César, Derecho Procesal Penal. Lecciones, 1ra ed., Lima: INPECCP, 2015, p. 738.

[102] IBÍDEM, p. 738.

Decreto Legislativo N° 1106-; pero la interpretó erróneamente; al sostener que el delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas podía subsumirse en la cláusula abierta «o cualquier otro con capacidad de generar ganancias»; con lo cual, incurrió en la causal de errónea interpretación de la Ley Penal. En efecto, dicho Colegiado Superior consideró que el delito de Fraude en la administración de personas jurídicas constituye delito fuente de lavado de activos, por estar comprendido dentro de la cláusula abierta tan mencionada; sin embargo, no nos dio razones ni utilizó algún método de interpretación de dicha disposición. La interpretación correcta de la referida cláusula, a criterio de este Supremo Tribunal, es que solo constituirá delito fuente del delito de lavado activos- además del listado del artículo 10° del Decreto Legislativo 1106- aquél que reviste gravedad, en función a la pena conminada; y, tiene capacidad para generar ganancias ilegales. A esta conclusión se arriba en base a una interpretación histórica, sistemática y teleológico de la referida disposición legal. En consecuencia, debe declararse fundado el recurso de casación, también por la causal de errónea interpretación de la Ley Penal.

LA EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN

QUINCUAGÉSIMO NOVENO: Conforme a los criterios desarrollados por la Corte Suprema, en la Casación N° 407-2015/Tacna: «la excepción de improcedencia de acción presenta dos alcances, conforme lo establece el artículo 6, apartado 1, literal b, del Nuevo Código Procesal Penal:

1. El hecho no constituye delito.
2. El hecho no es justificable penalmente.

El primer punto abarca la antijuridicidad penal del objeto procesal: tipicidad y antijuridicidad. El segundo se ubica en la punibilidad y comprende la ausencia de una condición objetiva de punibilidad o la presencia de una causa personal de exclusión de la pena o excusa absolutoria -son circunstancias que guardan relación con el hecho o que excluyen o suprimen la necesidad de pena- [SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR EUGENIO. Derecho Procesal Penal. Lecciones, Lima: INPECCP, 2015, página 284][103].

SEXAGÉSIMO: En el presente caso, por el propio planteamiento de la defensa técnica; no corresponde analizar si el hecho no es justiciable penalmente,

---

[103] Sala Penal Transitoria [hoy Primera Sala Penal Transitoria]; Casación N°407- 2015/Tacna, del 07 de julio del 2016; F.J. Cuarto. (Ponente: San Martín Castro)

sino si los hechos atribuidos al procesado JADER HARB RIZQALLAH GARIB, constituyen o no delito. En ese sentido, procesalmente debe determinarse, en el caso de esta excepción, si se presenta una cuestión de derecho penal material, que niega la adecuación típica del hecho imputado, o si se alega, desde esa misma perspectiva, un elemento fáctico que importa la exclusión de la antijuridicidad penal de la conducta atribuida.

SEXAGÉSIMO PRIMERO: Ahora bien, para deducir una excepción de improcedencia de acción, se debe partir de los hechos descritos en la Disposición Fiscal de Formalización de Investigación Preparatoria. A su vez, el juez, al evaluar dicha excepción, solo debe tener en cuenta los hechos incorporados por el fiscal en el acto de imputación pertinente. En efecto, la excepción de improcedencia de acción se concreta, por su propia configuración procesal, en el juicio de *subsunción* normativa del hecho atribuido a un injusto penal o a la punibilidad, en tanto categorías del delito, distintas de la culpabilidad -tanto como juicio de imputación personal cuanto como ámbito del examen de su correlación con la realidad-[104]. [Recuso de Nulidad número seiscientos veintiocho guion dos mil trece diagonal Cusco, de cuatro de octubre de dos mil trece].

SEXAGÉSIMO SEGUNDO: En consecuencia, siendo el delito previo o precedente, un elemento normativo del tipo objetivo del delito de Lavado de Activos; y estando a que el delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, postulado por el Fiscal como delito fuente, no se encuentra dentro de los alcances de la cláusula abierta «o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales»; contenida en el segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106; entonces, la conducta imputada al investigado JADER HARB RIZQALLAH GARIB es atípica, por atipicidad relativa; es decir, no se adecúa a ninguna de las conductas típicas previstas en los artículos 1°, 2° y 3° de dicho Decreto Legislativo, concordante con el artículo 10° ya acotado; por lo que de seguir la Investigación Preparatoria abierta contra dicho investigado, la finalidad de la misma sería reprimir simples actos de transferencia de dinero a través del sistema bancario, en clara transgresión del principio de legalidad penal. En consecuencia, la Excepción de Improcedencia de Acción, deviene en fundada; por cuanto los hechos investigados por la Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio de Arequipa, son atípicos; es decir, no constituyen delito. Siendo de aplicación lo previsto en el segundo párrafo

---

[104] Véase, Sala Penal Transitoria [hoy Primera Sala Penal Transitoria]; Casación N° 407-2015/Tacna, del 07 de julio del 2016; F.J. Quinto. (Ponente: San Martín Castro)

del inciso 2 del artículo 6° del Código Procesal Penal que señala: «Si se declara fundada cualquiera de las excepciones previstas en los cuatro últimos literales, el proceso será sobreseído definitivamente».

SEXAGÉSIMO TERCERO: Dada la naturaleza del asunto objeto de decisión, este Supremo Tribunal dispone que los fundamento décimo séptimo, quincuagésimo segundo y quincuagésimo sexto, constituyen doctrina jurisprudencial vinculante para los órganos jurisdiccionales penales, diferentes a la propia Corte Suprema, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 433°, inciso 3, del Código Procesal Penal.

143

§143. La prueba del elemento normativo del tipo "origen ilícito de los bienes"

Recurso de Nulidad	3036-2016- LIMA
Fecha	10 de julio de 2017
Procedencia	Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Figueroa Navarro.
Jueces Supremos	Hinostroza Pariachi, Ventura Cueva, Figueroa Navarro, Pacheco Huancas, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Artículos 1º, 2º y 3º del Decreto Legislativo Nº 1106.

RESUMEN:

Corresponde al Ministerio Público acreditar el origen ilícito de los bienes y no al procesado justificar la procedencia legal de los mismos. La existencia de un desbalance patrimonial no justificado, es insuficiente, per se, para imputar el delito de Lavado de Activos; de lo contrario se estaría legitimando una inversión de la carga de la prueba, en contra del debido proceso. La prueba –directa o por indicios- del origen ilícito de los bienes, no puede limitarse a la simple enunciación de un listado de procesos o investigaciones en las cuales se haya visto o se encuentre inmerso el procesado; reducir la certeza a una simple sospecha, trasgrede el principio de imputación necesaria y el derecho de defensa; por ende, es necesario acreditar: i) el vínculo normativo existente entre el desbalance patrimonial o incremento patrimonial injustificado del procesado; lo cual implica, probar también, ii) que se trata de un hecho o de los hechos precedentes idóneos para generar ganancias de cantidad significativa, que expliquen la realización de actos de lavado a lo largo del periodo de tiempo comprendido en la imputación.

FUNDAMENTOS:

§. FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

DÉCIMO PRIMERO: [Precisiones sobre el objeto del presente pronunciamiento] De acuerdo con la delimitación de agravios realizada por esta Sala Penal Suprema; debe considerarse firme y consentido el extremo de la sentencia de vista que resuelve, declarar de oficio, fundada la Excepción de Naturaleza de Acción a favor de los procesados David Walter Soto Aranda, Héctor Soto Aranda, y Heber Pedro Farfán Loyola; por los hechos imputados hasta antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 986 [Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 27765, Ley Penal contra el Lavado de Activos]. A criterio del Tribunal Superior, el texto primigenio de la Ley N° 27765 no sancionaba la figura del ***Autolavado.*** Fue recién el Decreto Legislativo N° 986, la norma que incorporó, a nuestra legislación nacional, la posibilidad de que el agente generador del delito fuente pueda ser investigado, a su vez, por el delito de Lavado de Activos; rigiendo ello a partir del ***22 de julio de 2007.*** Los actos desplegados antes de esta fecha, por los procesados David Walter Soto Aranda, Héctor Soto Aranda, y Heber Pedro Farfán Loyola; carecen, en consecuencia, de relevancia penal.

DÉCIMO SEGUNDO: El Ministerio Público, a folios 28815, interpone recurso de nulidad únicamente respecto del extremo absolutorio de la Sentencia de Vista. Del mismo modo, la Procuraduría Pública Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas y Lavado de Activos, en su recurso de nulidad de folios 28726, presentó agravios solamente respecto de los procesados que fueron absueltos en la sentencia de vista. En vista de lo expuesto, corresponde señalar que la Constitución Política, en su artículo 139°, inciso 2), establece ***que:*** «[N]inguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución». ***El Tribunal Constitucional, al dotar de contenido a dicho atributo ha sostenido que*** «[M]ediante la garantía de la cosa juzgada se instituye el derecho de todo justiciable, *(...)* a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó»[1]. ***En consecuencia, esta Sala Penal Suprema no puede pronunciarse respecto de la imputación por*** actos de ***Autolavado*** que, por haber tenido lugar antes del 22 de julio de 2007, fueron considerados hechos atípicos por el Tribunal Superior.

DÉCIMO TERCERO: [Leyes Penales aplicables] Respecto de los hechos imputados hasta el 21 de junio de 2007, corresponde aplicar la Ley N° 27765, "Ley Penal contra el Lavado de Activos". Y, con respecto a los hechos imputados a partir del 22 de julio de 2007, debe atenderse al contenido del Decreto Legislativo N° 986, "Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 27765". Por último, conviene aclarar que el Decreto Legislativo N° 1106, "Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el Lavado de Activos y otros delitos relacionados a la Minería Ilegal y Crimen Organizado", no resulta aplicable en el presente caso, toda vez que, de acuerdo con el contenido de la acusación fiscal, no es objeto de imputación ningún hecho acaecido durante la vigencia de esta última norma.

DÉCIMO CUARTO: [Estructura típica del delito de Lavado de Activos]

Atendiendo al contenido de la Ley N° 27765, "Ley Penal contra el Lavado de Activos", y su modificatoria -mediante Decreto Legislativo N° 986-, es posible observar con claridad que la estructura típica del delito de Lavado de Activos exige la concurrencia de los siguientes elementos normativos: ***a)*** la realización de alguno o algunos de los verbos rectores [convertir, transferir, adquirir, utilizar, guardar, custodiar, recibir, ocultar o mantener en su poder]; ***b)*** que esas acciones recaigan sobre bienes [dinero, efectos o ganancias] cuyo ***origen ilícito*** conozco o pueda presumir el agente, y; ***c)*** que la conducta del agente dificulte [en el caso del Decreto Legislativo N° 986] o tenga por finalidad evitar [en el caso de la Ley N° 27765] la identificación de su origen, su incautación o decomiso. Por tanto, en el caso concreto, corresponde verificar si la imputación efectuada por el Ministerio Público reúne la carga probatoria suficiente para acreditar estas características propias del delito de Lavado de Activos.

DÉCIMO QUINTO: [Sobre la prueba del ***origen ilícito*** de los bienes] **El *origen ilícito*** de los bienes constituye un elemento objetivo (normativo) del tipo y su prueba constituye una condición para establecer la tipicidad del lavado de activos (no se trata de una condición objetiva de punibilidad) . En ese sentido, al igual que cualquier elemento del tipo penal, forma parte de la carga probatoria del Ministerio Público; a quien corresponde -ya sea mediante prueba directa o indiciaria- reunir los elementos de prueba suficientes que le permitan al Juez superar la duda razonable respecto de su concurrencia. Sin embargo, la interrogante de fondo es: ¿Cuándo el Juez obtiene certeza del ***origen ilícito*** de los bienes? Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema ya ha señalado que para poder hablar de un delito de Lavado de Activos, ***«ha de tenerse indicios de delitos cometidos previamente, los cuales hayan producido ganancias ilícitas que lavar»***[3]. De lo cual brota una exigencia para el titular de la persecución penal: acreditar que

las supuestas ganancias económicas del agente, su enriquecimiento desmedido o su incremento patrimonial injustificado, proviene de un origen ilícito; lo que presupone la existencia de un delito fuente.

DÉCIMO SEXTO: La actividad delictiva precedente no puede quedar al margen de la actividad probatoria. Así, en el fundamento §5.32 del Acuerdo Plenario N° 03-2010, del 16 de febrero de 2010, se estableció que ***"el delito fuente (...) es un elemento objetivo del tipo legal (...) y su prueba condición asimismo de tipicidad"***. Ahora bien, ¿cuál es el estándar requerido para acreditar el ***origen ilícito*** de los bienes? Sobre este punto, en el fundamento §5.35 del Acuerdo Plenario en mención, se señaló que: «***El tipo legal de lavado de activos sólo exige la determinación de la procedencia delictiva de dinero, bienes, efectos o ganancias que permita, en atención a las circunstancias del caso concreto, la exclusión de otros posibles orígenes. No hace falta la demostración acabada de un acto delictivo específico, con la plenitud de sus circunstancias, ni de los concretos partícipes en el mismo -lo contrario implicaría, ni más ni menos, a concebir este delito como de imposible ejecución-; es suficiente la certidumbre sobre su origen, conocimiento de la existencia de una infracción grave, de manera general***». Esta afirmación que, a simple vista, pareciera un argumento en pro del relajamiento de la actividad probatoria en torno al origen ilícito de los bienes, sin embargo, no lo es en absoluto; puesto que es la propia Corte Suprema quien aclara tal incertidumbre, al señalar -dentro del mismo fundamento §5. 35° antes citado- que: «Es obvio que no bastarán las simples sospechas, recelos o dudas sobre la procedencia del dinero, bienes, efectos o ganancias, sino que será precisa la certeza respecto al origen ilícito».

DÉCIMO SÉPTIMO: A partir de estos lineamientos, en un pronunciamiento reciente, la Corte Suprema ha exigido: «***(i) que tal situación [la actividad delictiva precedente] se acredite en sus aspectos sustanciales,*** que permitan delinear el carácter delictivo de la misma; y ***(ii)*** que la prueba de tal situación delictiva del activo maculado en cuestión debe equipararse a los estándares racionales de la acreditación delictiva en general. No es de admitir, en atención a la garantía de presunción de inocencia, niveles distintos de patrones probatorios o estándares de prueba entre los diversos elementos objetivos y subjetivos del tipo legal, en especial del origen criminal o de la procedencia delictiva de dinero, bienes, efectos o ganancias»[4]. ***De acuerdo con estos lineamientos jurisprudenciales, lo realmente exigido es la*** acreditación necesaria ***de que los bienes, inicialmente bajo*** sospecha simple ***y, luego, bajo*** sospecha suficiente, ***tuvieron su origen en una actividad delictiva previa***[5]. ***Con lo cual se ha definido, a partir de la jurisprudencia,***

una exigencia ineludible que pasa a integrar el estándar probatorio requerido para obtener certeza respecto del origen ilícito de los bienes en el delito de Lavado de Activos.

DÉCIMO OCTAVO: El desarrollo jurisprudencial antes expuesto, coincide con la interpretación que recientemente ha venido desarrollando la ciencia jurídico-penal, respecto del elemento típico "origen delictivo" de los bienes; así como de su prueba y vinculación con la realización de los verbos rectores del delito de Lavado de Activos. Así, se señala: «En el proceso penal por lavado de activos debe estar suficientemente probada la realización del delito fuente, así como que los activos generados por este delito son los que constituyen objeto del lavado de activos». En ese sentido, «Para arribar a una condena por lavado de activos bastará con **acreditar los extremos indispensables que hagan a la materialidad del hecho previo** -esto es, sus efectos lesivos y las circunstancias de tiempo y lugar-, a su dominabilidad por parte del autor y a su condición de evento originante de los bienes sometidos a maniobra de lavado». Por otra parte, «En cuanto al grado de realización del delito previo, se exige por lo menos la tentativa, también se aceptan los actos preparatorios punibles, siempre en la medida que de ellos deriven bienes idóneos para ser objeto de blanqueo».

DÉCIMO NOVENO: «No satisface el principio de imputación necesaria la vinculación con una actividad delictiva en general»; en consecuencia, la tesis acusatoria del Ministerio Público debe delimitar y explicar, razonablemente, la idoneidad del hecho ilícito precedente para producir las ganancias ilícitas que registra el desbalance o incremento patrimonial injustificado del agente. «El núcleo del contenido del injusto del delito de lavado de activos y, en consecuencia, la estructura que se ha empleado y se emplea para su tipificación, siempre ha exigido un ***'vínculo normativo' con el 'delito previo' que originó los bienes ilícitos***». Al tratarse -el origen ilícito de los bienes- de un elemento constitutivo y necesario del tipo penal de Lavado de Activos, resulta menester que su estándar probatorio sea concordante con las garantías constitucionales y procedimentales que tienen que ver con el Principio de Presunción de Inocencia, Derecho de Defensa e Imputación Necesaria. No se cumple con estas exigencias si la prueba de este elemento normativo se agota en una referencia vaga y genérica a una "actividad criminal previa", sin mayores especificaciones. «Por ello, la alegación de que 'únicamente se debe probar el ***origen ilícito*** de los bienes y no la ***actividad criminal previa*** que produjo dichos bienes' resulta ilógica y contradice flagrantemente el principio de legalidad y las garantías de la prueba» pues resulta materialmente imposible probar

el "origen ilícito" de un bien, sin tener certeza de qué hecho delictivo concreto -idóneo para producir cierta cantidad de ganancias- provienen.

VIGÉSIMO: [Estructura y motivación de la prueba indiciaría] Es posible acreditar, mediante prueba indiciaria, el origen ilícito de los bienes; para lo cual, en primer lugar, debe sustentarse la ***concurrencia*** de tres indicios sustanciales; esto es: ***i)*** El patrimonio injustificado; esto es, que no pueda explicarse razonablemente su origen legal; ***ii)*** la realización de operaciones mercantiles y/o económicas irregulares; por ejemplo, la creación y extinción sucesiva de personas jurídicas; el manejo de inusuales cantidades de dinero en efectivo, etc.; y, ***iii)*** la existencia de vínculos con personas o grupos criminales. Estos indicios, cabe recalcar, deben ser concurrentes.

VIGÉSIMO PRIMERO: Es importante resaltar, en segundo lugar, que no basta la mera enunciación de los indicios. La suficiencia de la prueba indiciaria, para enervar la presunción de inocencia, exige su motivación por parte del Tribunal de mérito; de conformidad con lo impuesto en el artículo 139° inciso 5 de la Constitución Política. En este sentido, en el considerando Quinto de la Casación N° 628-2015/Lima, del 05 de mayo del 2016, la Corte Suprema ha señalado que: «En materia de prueba indiciaría, para que la conclusión incriminatoria pueda ser tenida por válida es preciso: 1. Que los hechos indicadores o hechos-base sean varios y viertan sobre el hecho objeto de imputación o nuclear -deben estar, por lo demás, interrelacionados y ser convergentes: deben reforzarse entre sí y ser periféricos o concomitantes con el hecho a probar-. 2. Que los indicios estén probatoriamente bien y definitivamente acreditados. 3. Que la inferencia realizada a partir de aquéllos, por su suficiencia, sea racional, fundada en máximas de experiencia fiables -entre los hechos indicadores y su consecuencia, el hecho indicado, debe existir una armonía que descarte toda irracionalidad de modo que la deducción pueda considerarse lógica: el enlace ha de ser preciso y directo-. 4. Que cuente con motivación suficiente, en cuya virtud el órgano jurisdiccional deberá expresar en la motivación los grandes hitos o líneas que lo condujeron a la deducción conforme al artículo 158° apartado 3 del Nuevo Código Procesal Penal -tiene que exteriorizar los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explicite el razonamiento o engarce lógico entre el hecho base y el hecho consecuencia y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de experiencia común o en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes (STCE ciento veinticuatro diagonal dos mil uno, de cuatro de junio)».

VIGÉSIMO SEGUNDO: Ahora bien, «en la conformación del análisis integral para la configuración de la prueba indiciaria, desde luego, no puede dejarse de tener presente lo que se entiende como "prueba en contrario" y "contraprueba". En este último supuesto se ubica el contraindicio, que es la contraprueba indirecta, y que consiste en la prueba de algún hecho con el que se trata de desvirtuar la realidad de un hecho indiciario, al resultar incompatibles tales hechos entre sí o al cuestionar aquel hecho la realidad de éste, debilitando su fuerza probatoria [CLIMENT DURÁN, CARLOS: La prueba penal, 2da. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, dos mil cinco, páginas novecientos treinta y siete guión novecientos cuarenta y uno]»[13]. ***En el caso del delito de Lavado de Activos, los contraindicios pueden cobrar singular relieve si se demuestran falsos o inexistentes; por ejemplo, la manifiesta inverosimilitud de las manifestaciones exculpatorias del acusado. La prueba indiciaria se ve reforzada cuando, a dicha prueba no se le contrapone una explicación racional y mínimamente verosímil, sino por el contrario las manifestaciones del acusado, por su total carencia de explicación alternativa plausible refuerzan la convicción racionalmente deducida de la prueba practicada. Corresponde, por tanto, en función de los*** agravios expuestos por los recurrentes, determinar si la sentencia de vista cumple con los presupuestos descritos en los considerandos anteriores.

ANÁLISIS Y VALORACIÓN DE AGRAVIOS.

VIGÉSIMO TERCERO: [Respecto de los agravios expuestos por el sentenciado David Walter Soto Aranda] A fin de acreditar el origen ilícito de los bienes, presuntamente convertidos y transferidos por el sentenciado David Walter Soto Aranda; el Ministerio Público -véase punto IV.2.17 (folios 23269) de la Acusación Fiscal, se limitó a enumerar una lista de antecedentes policiales, judiciales e investigaciones fiscales, en los que aquél se habría visto involucrado, procesado o investigado; antecedentes que datan de los años 1998, 2000, 2001,2002, 2003, 2004, 2005, 2008 y 2010; todos relacionados con el delito de Tráfico Ilícito de Drogas; sin precisar, no obstante, cuáles son los cargos que, en cada uno de tales "hechos precedentes", se le atribuyen al recurrente.

VIGÉSIMO CUARTO: Por su parte, el Tribunal Superior, en el fundamento 8.1.1., in fine, ***de la Sentencia de Vista, señaló que: «A*** fojas 22947/22959 obra la sentencia absolutoria y ejecutoria suprema del acusado [David Walter Soto Aranda] por el delito de Tráfico Ilícito de Drogas por hechos ocurridos en el 2001 y a fojas 22960/22972, la sentencia absolutoria consentida por Tráfico Ilícito de Drogas a favor del acusado [David Walter Soto Aranda], por

hechos ocurridos en el año 2002, en nuestro país». ***Ahora bien, en el fundamento 8.1.2 de la Sentencia de Vista, el Tribunal Superior circunscribió el origen ilícito de los bienes, únicamente al delito de Tráfico Ilícito de Drogas que data del año 1998, por el cual fue condenado el recurrente ante el 11°*** Juzgado de Crimen de Santiago de Chile; precisando, no obstante, que se desconoce el contenido de dicha sentencia condenatoria.

VIGÉSIMO QUINTO: Sobre el particular, sin embargo, no existe motivación alguna; esto es, el Tribunal Superior omite señalar y fundamentar cuál es el razonamiento que le permitió obtener convicción de que -a pesar del desconocimiento del contenido de la sentencia condenatoria expedida por los tribunales chilenos en el año 1998-, es posible acreditar, más allá de toda duda razonable, que el sentenciado David Walter Soto Aranda realizó actos típicos de ***conversión*** y ***transferencia*** de bienes de origen ilícito en los meses de diciembre de 2007 y febrero de 2009; y cómo es que con ello logró dificultar la identificación de tal origen, su incautación o decomiso [atendiendo al contenido del artículo 1° del Decreto Legislativo N° 986].

VIGÉSIMO SEXTO: Por otra parte, el Tribunal Superior delimitó el marco temporal de imputación al sentenciado David Walter Soto Aranda; considerando típicas únicamente las conductas consistentes en: a) La constitución de la empresa Sociedad Minera de Responsabilidad Cushpi Tuna Cancha el 13 de diciembre del 2007, habiendo aportado el procesado la suma de S/. 1,000.00 nuevos soles, ***(acto de conversión);*** y, b) La venta del vehículo de placa de rodaje N° CGM- 042, del 05 de febrero del 2009, a Yibes Nely Soto Aranda, por la suma de US$ 5,000.00 dólares americanos, ***(acto de transferencia).*** Atendiendo a esta delimitación del marco temporal, resultaba imprescindible fundamentar la existencia de un vínculo razonable entre el supuesto delito fuente, cuya data es del año 1998, con la realización de actos típicos de conversión y transferencia, ejecutados recién luego de haber transcurrido casi una década.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: En la Sentencia de Vista no se aprecia, sin embargo, en qué razonamiento se basó el Tribunal Superior para obtener certeza de la configuración del elemento típico ***"origen ilícito" de los bienes,*** a pesar de haber transcurrido nueve años entre el delito fuente [que data de 1998] y el acto de conversión del año 2007; y once años entre aquél y el acto de transferencia del año 2009. Tal ausencia de motivación se agrava cuando el propio Tribunal Superior concluyó que el recurrente había desarrollado una actividad económica permitida -y, por tanto, lícita- hasta antes del 22 de julio de 2007 [en otras palabras, hasta antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 986, que sí castigaba

el Autolavado]. Por tanto, se evidencia una ausencia de motivación por parte del Tribunal Superior respecto a: [i] cómo es que a partir del hecho ilícito acaecido en el año 1998, el sentenciado recurrente ha obtenido ganancias; [ii] de valor significativo para permitirle realizar actos de conversión y transferencia con ellas recién a partir de diciembre de 2007, esto es, después de casi una década de sucedido el delito fuente; asimismo, [iii] cómo es que el comportamiento del recurrente resultó idóneo para -de acuerdo con el tenor de la Ley Penal vigente aplicable al momento de los hechos, Decreto Legislativo N° 986-, ***"dificultar la identificación" del origen, incautación o decomiso"*** de los bienes; y, finalmente, [iv] cómo es que las ganancias provenientes del delito fuente que data de 1998, permiten atribuirle la calidad de "financista" de un supuesto "clan familiar".

VIGÉSIMO OCTAVO: Por otra parte, las dos Pericias Contables -véase Dictamen Pericial Contable N° 89-07-2010-DIRANDRO/PNP, obrante a folios 1595/1616; y, Pericia Contable N° 01-02-2016, obrante a folios 27025/27047- se limitan a describir un desbalance patrimonial y un incremento patrimonial injustificado, por parte del procesado David Walter Soto Aranda, en el período comprendido desde enero de 1999 a diciembre de 2009; espacio de tiempo en el cual, conforme lo estableció el propio Tribunal Superior, el procesado desplegó, hasta el 21 de julio de 2007, un comportamiento permitido por la ley [atípico]. De lo anterior, sin embargo, se advierte que las Pericias Contables no resultan idóneas para determinar cuál es el patrimonio injustificado [por cuanto también han comprendido el periodo en el cual el Autolavado era atípico]; ni para explicar la relación entre el supuesto delito fuente [de 1998] y las operaciones irregulares de diciembre de 2007 y febrero de 2009.

VIGÉSIMO NOVENO: Tal como se mencionó en el considerando precedente, el Tribunal Superior no esgrime ningún argumento referido a la vinculación normativa y fáctica entre el supuesto delito fuente, acaecido en el año 1998, y su idoneidad para llevar a cabo un acto de conversión y un acto de transferencia, recién a fines del año 2007 y a comienzos del año 2009, respectivamente. En este orden de ideas, corresponde precisar que, respecto a la constitución de la empresa Sociedad Minera de Responsabilidad Limitada Cushpi Tuna Cancha, el procesado invirtió la suma de S/. 1,000.00 soles con fecha **13 de diciembre del 2007**; mientras que, respecto de la venta del vehículo marca Peugeot de placa CGM-04, la fecha de venta data del **05 de febrero del 2009**, por un monto de US$. 5,000.00 dólares americanos. Al respecto, no existe certeza para afirmar el origen ilícito de estos montos de dinero, por cuanto el procesado desarrollo una amplia actividad económica -en consideración del

propio Tribunal Superior: atípica y, por ende, permitida por la ley- por espacio de aproximadamente 8 años (desde 1999 hasta el 21 de julio de 2007); la misma que le generó ganancias; y, precisamente, el Tribunal Superior no ha fundamentado cómo es que la existencia de esas ganancias - lícitas-, no impide superar la duda razonable respecto del carácter típico de las operaciones de conversión y transferencia realizadas en diciembre del año 2007 y febrero del año 2009.

TRIGÉSIMO: Aunado a lo anterior, no se encuentra acreditado que el procesado David Walter Soto Aranda haya mantenido estático su dinero desde el año 1998 [fecha del supuesto delito fuente] y que lo haya convertido o transferido recién en diciembre de 2007 y en febrero de 2009. Por tanto, en este orden de ideas, existe duda razonable respecto a que el sentenciado recurrente haya realizado actos típicos de conversión y transferencia; no habiéndose fundamentado, siquiera mínimamente, cómo el Tribunal Superior obtiene certeza respecto de la vinculación entre dichas conductas y el delito fuente del año 1998. La ausencia de fundamentación, tal como sucede en la Sentencia de Vista, implicaría criminalizar ***ad infinitum*** toda la actividad económica del recurrente desde 1998 en adelante; soslayando, sin embargo, que en esa misma sentencia se llegó a la conclusión de que, por un amplio período de tiempo [hasta el 21 de julio de 2007], esa actividad económica estaba permitida por la Ley.

TRIGÉSIMO PRIMERO: [Respecto de los agravios expuestos por el sentenciado Héctor Soto Aranda] El sentenciado Héctor Soto Aranda se encuentra en una situación bastante similar a la de su coprocesado David Walter Soto Aranda. Así, a fin de acreditar el origen ilícito de los bienes, supuestamente ***convertidos*** y ***transferidos*** por el sentenciado Héctor Soto Aranda, el Ministerio Público -véase el punto IV.2.19 (folios 23270) de la Acusación Fiscal-, enumera una serie de antecedentes policiales, judiciales e investigaciones fiscales, en los que dicho sentenciado se habría visto involucrado, procesado o investigado; antecedentes que datan de los años 1993, 1995, 2001 y 2004; todos ellos relacionados con el delito de Tráfico Ilícito de Drogas.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Por su parte, el Tribunal Superior, en el fundamento 8.2.1., ***in fine,*** de la Sentencia de Vista, circunscribe el hecho ilícito generador de los activos, a la información remitida por la Agregaduría de Carabineros de la Embajada de Chile -véase la Carta N° 57, de fecha 31 de mayo de 2010, obrante a folios 1911-, por la cual se señala que el procesado Héctor Soto Aranda, registra condena (expedida con fecha 29 de enero de 1993) de 5 años y un día de presidio por Tráfico Ilícito de Drogas. No obstante, el Tribunal Superior reconoce que el contenido de dicha sentencia condenatoria se

desconoce; y, aunado a ello, omite pronunciarse respecto del exhorto N° 3743, obrante a folios 15267 (vuelta), por el cual los Carabineros de chile informaron que el procesado Héctor Soto Aranda fue absuelto en segunda instancia y puesto en libertad el día 23 de febrero de 1996.

TRIGÉSIMO TERCERO: El Tribunal Superior, por otro lado, delimitó el marco temporal de imputación al procesado Héctor Soto Aranda, al periodo comprendido del 22 de julio del 2007 al 2009; considerando típicas únicamente las conductas consistentes en: a) La venta de la embarcación pesquera Garriancho I, con fecha **05 de marzo de 2009**, por la suma de US$ 9,800 dólares americanos, ***(acto de conversión);*** y, b) La adquisición, el **02 de diciembre de 2009**, de la camioneta rural Toyota Land Cruiser de placa A1Q-101 (antes RIQ- 555), **(acto de conversión)**, y la venta del mismo con fecha **08 de febrero de 2010**, por la suma de US$ 15,000.00 dólares americanos, ***(acto de transferencia)***.

TRIGÉSIMO CUARTO: Remitiéndonos a los fundamentos ya expresados en el considerando Vigésimo Quinto de la presente Ejecutoria Suprema; en la Sentencia de Vista, no se ha motivado cómo es que - a pesar del desconocimiento del contenido de la sentencia condenatoria expedida por los tribunales chilenos en el año 1993, y de la sentencia absolutoria de segunda instancia- posible alcanzar certeza respecto de la configuración típica del delito de lavado de activos y, en específico, respecto del origen ilícito de los bienes objeto de los supuestos actos de conversión y de transferencia. Asimismo, de modo similar a cómo se fundamentó en el considerando Vigésimo Séptimo de la presente Ejecutoria, tampoco se ha fundamentado el vínculo entre el presunto delito fuente -cuya data es del año 1993- con las operaciones económicas celebradas por el procesado Héctor Soto Aranda, en marzo y diciembre del año 2009, y en febrero de 2010.

TRIGÉSIMO QUINTO: Las operaciones económicas que se le imputan al sentenciado Héctor Soto Aranda como actos de conversión y de transferencia, se han realizado luego de dieciséis años de que tuvo lugar el supuesto delito fuente. En ese sentido, se ha omitido fundamentar el razonamiento que permite al Tribunal Superior obtener certeza del origen ilícito de los montos de dinero utilizados por el recurrente en los años 2009 y 2010; máxime cuando aquél desarrolló una amplia actividad económica hasta el 21 de julio de 2007, obteniendo ganancias que, al no encontrarse criminalizadas por la Ley en la figura de Autolavado, eran, por tanto lícitas; resultando que no se ha descartado que con esas mismas ganancias -lícitas-, haya realizado las operaciones económicas de marzo y diciembre del año 2009, y febrero de 2010.

TRIGÉSIMO SEXTO: Por otra parte, las Pericias Contables de cargo se limitan a describir un desbalance patrimonial por parte del recurrente hasta el año 2010. Sin embargo, ninguna de las pericias ha tomado en cuenta que dentro de todo ese periodo de tiempo, existió un sub periodo (todo el anterior al 22 de julio de 2007), en el cual, conforme lo reconoce el propio Tribunal Superior, el procesado desplegó un comportamiento permitido por la Ley. En ese sentido, las Pericias Contables de cargo no precisan el monto exacto, o si quiera aproximado, de desbalance patrimonial o incremento patrimonial injustificado acaecido en el periodo de tiempo del 22 de julio del 2007 al año 2010; único periodo de tiempo respecto del cual el Tribunal Superior consideró que sí se encontraba criminalizado el ***Autolavado.***

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: No se ha acreditado que el procesado Héctor Soto Aranda haya mantenido estático bienes o dinero proveniente del supuesto delito fuente del año 1993, y que los haya empleado - convirtiéndolos y transfiriéndolos- recién dieciséis años después. Del mismo modo, tampoco se ha acreditado el recurrente haya obtenido ganancias ilícitas tan significativas como para realizar su blanqueo a lo largo de todo ese periodo de tiempo. No se aprecia certeza, por tanto, de que el comportamiento del recurrente, en el año 2009 y 2010, sea un comportamiento idóneo para -de acuerdo con el tenor de la Ley Penal vigente aplicable a partir de este periodo; Decreto Legislativo N° 986- [convertir y transferir dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, y] "***dificultar la identificación de su origen, su incautación o decomiso***". Por un lado, no se ha explicado cómo es que ese dinero sigue teniendo un origen ilícito, y que no proviene de la actividad económica permitida por la ley, desplegada por el recurrente antes del 22 de julio de 2007; y, por otro, tampoco se ha precisado cómo se obtiene convicción sobre la idoneidad de tales comportamientos para dificultar -dieciséis años después de que tuvo lugar el supuesto delito fuente- el origen ilícito de los bienes.

TRIGÉSIMO OCTAVO: Existe duda razonable, por tanto, de que el recurrente haya realizado actos de ***conversión*** y de ***transferencia*** típicos de Lavado de Activos; no habiéndose demostrado que dichos actos se encuentren vinculados, de modo directo, con activos de origen ilícito; máxime cuando el Tribunal Superior vincula, únicamente, la conducta del procesado con sus antecedentes por tráfico ilícito de drogas que datan del año 1993, conforme se desprende del fundamento 8.2.111 de la Sentencia de Vista; habiendo transcurrido un periodo de dieciséis años entre tal supuesto delito fuente y el primer acto de conversión imputado [venta de embarcación pesquera Garriancho I, con fecha 05 de marzo de 2009].

No es acorde con la Constitución, por infringir el deber de motivación judicial, criminalizar ***ad infinitum*** toda la actividad económica del recurrente desde 1998 en adelante; sin explicar cuál es el razonamiento jurídico y la actuación probatoria que permite tal convicción; máxime, cuando en el presente caso, el Tribunal Superior consideró que, por un amplio período de tiempo [hasta el 21 de julio de 2007], la actividad económica del recurrente estuvo permitida por la Ley [carecía de relevancia penal].

TRIGÉSIMO NOVENO: En resumen, se evidencia una vulneración al deber de motivación por parte del Tribunal Superior respecto a: [i] cómo es que a partir del hecho ilícito acaecido en el año 1993, el sentenciado recurrente ha obtenido ganancias; [ii] de valor significativo para permitirle realizar actos de conversión y transferencia con ellas después de transcurridos dieciséis años [el acto de transferencia imputado es del 08 de febrero de 2010]; y, por ende, [iii] cómo es que tales ganancias permiten atribuirle la calidad de "financista" de un supuesto "clan familiar".

CUADRAGÉSIMO: [Respecto de los agravios expuestos por la sentenciada Perla Milagros Chavarry Villavicencio de Soto] Tal como consta en el fundamento 8.2.2 y siguientes, de la Sentencia de Vista, a la procesada Perla Milagros Chávarry Villavicencio de Soto se le imputa haber desplegado actos típicos de conversión y transferencia, tanto en sociedad conyugal con Héctor Soto Aranda como a título individual, en el periodo comprendido entre los años 2000 a 2009. Al respecto, el delito fuente señalado en la Sentencia de Vista para sustentar tal imputación, es el delito de tráfico ilícito de drogas, «***en el que se ha visto involucrado Héctor Soto Aranda, habiendo sido condenado por el 2° Juzgado del Crimen de Melipilla (Chile) el 29 de enero de 1993, por lo que tiene un desbalance patrimonial de S/. 1135,240.87 nuevos soles, según se advierte del dictamen pericial contable N° 081-07-2010-DIRANDRO-PNP/OFICRI-UNITEFIN.E2 corriente de folios 1423/1457***». Se advierte, en consecuencia, que la sentencia impugnada justifica la imputación en contra de Perla Milagros Chávarry Villavicencio de Soto, sobre la base de dos premisas: ***i)*** que el entonces cónyuge de la recurrente -Héctor Soto Aranda-, fue condenado en Chile por el delito de tráfico ilícito de drogas; y, ***ii)*** la existencia de un desbalance patrimonial no justificado en la sociedad conyugal.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: En lo referido al delito fuente señalado por el Tribunal Superior para sustentar la condena en contra de la recurrente; cabe observar que la Sentencia de Vista adolece de indebida motivación; por cuanto, si bien es cierto -véase folios 1911-, los Carabineros de Chile informaron que

Héctor Soto Aranda fue condenado por Tráfico Ilícito de drogas, imponiéndosele 5 años y 1 día de presidio; sin embargo, conforme también se tiene del exhorto obrante a folios 15267, los Carabineros de chile informaron que el procesado Héctor Soto Aranda fue absuelto por sentencia de segunda instancia, y puesto en libertad el día 23 de febrero de 1996. El Tribunal Superior omitió valorar esta última información; no explicándose cuál es la relación existente entre una sentencia absolutoria sobre el delito fuente, y la presunción del origen ilícito de los bienes de Héctor Soto Aranda y de Perla Milagros Chávarry Villavicencio de Soto. Si bien es cierto que para la configuración del delito de Lavado de Activos no se requiere la existencia de una sentencia condenatoria por el delito fuente, ello no exime al Juzgador del deber constitucional de debida motivación de las resoluciones.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: La Fiscalía Suprema, en su dictamen -que obra en el cuadernillo Supremo- sostiene que la sentencia condenatoria de primera instancia, y la absolutoria de segunda instancia, podrían obedecer a causas o procesos diferentes. Esta conclusión, sin embargo, implica una suposición no sustentada en prueba, en tanto no se cuentan con las sentencias en cuestión sino únicamente con documentos que dan cuenta de ellas, esto es, oficios y/o cartas emanadas de las autoridades chilenas competentes. Más aún, la conclusión de la Fiscalía Suprema no resulta posible, en el caso concreto, por cuanto la única sentencia condenatoria de la que se tiene noticia, fue la que condenó al procesado Héctor Soto Aranda a 5 años y 1 día de presidio, el cual habría vencido recién en 1998; no obstante, el citado procesado fue puesto en libertad ***2 años antes*** -esto es, el 23 de febrero de 1996-, por mandato de una sentencia absolutoria de segunda instancia.

CUADRAGÉSIMO TERCERO: En este orden de ideas, el delito previo o delito fuente, consistente en tráfico ilícito de drogas, no solo no ha sido debidamente acreditado, sino que para probarlo se cuenta únicamente con una sentencia absolutoria al respecto; por lo que corresponde atender a lo previsto en el fundamento §5.35 del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116; esto es, que: «no bastarán las simples sospechas, recelos o dudas sobre la procedencia del dinero, bienes, efectos o ganancias, sino que será precisa la certeza respecto al origen ilícito»; certeza que, en el presente caso, no existe. Por lo que, este elemento típico del delito de lavado de activos -origen ilícito de los bienes- no ha podido ser acreditado; debiendo afirmarse la atipicidad de los hechos imputados que tuvieran como fundamento este delito fuente.

CUADRAGÉSIMO CUARTO: Por otra parte, en lo que respecta a la pericia contable de cargo; ésta estableció que la sociedad conyugal -nótese que dicha pericia no se realizó respecto del patrimonio individual de la recurrente Perla Milagros Chávarry Villavicencio de Soto, sino respecto de "la sociedad conyugal"-, tenía un desbalance patrimonial no justificado. Al respecto, cabe observar que, a fojas 26110, obra la pericia contable de parte, que hace mención de una serie de falencias de las cuales adolecería el peritaje de cargo realizado por la Dirandro; el cual no habría reconocido los ingresos de la sociedad conyugal obtenidos por la venta de pescado, de una lancha pesquera, automóviles, así como del préstamo por parte de Esmeralda Chávarry; además, habría considerado como egresos una serie de importes, sin guardar una relación lógica. Según la pericia de parte, además, el patrimonio de la sociedad conyugal se encontraría justificado.

CUADRAGÉSIMO QUINTO: El Tribunal Superior, sin embargo, no ha motivado cuál es la razón por la que la pericia de parte tendría que ser dejada de lado, y prevalecer la de cargo; aspecto que, paradójicamente, sí se motivó en el caso de la pericia de parte de la procesada Ruth María Soto Aranda -véase el considerando quincuagésimo séptimo y quincuagésimo octavo de la presente Ejecutoria Suprema-; de lo cual se desprende que la Sentencia de Vista adolece de incongruencia; máxime cuando, respecto de la procesada Ruth María Soto Aranda, el Tribunal Superior sí desestimó la pericia de cargo, por cuando ésta no precisaba un pronunciamiento a título personal sino de la sociedad conyugal [tal como sucede en el caso de la procesada Perla Milagros Chávarry Villavicencio de Soto], -véase el considerando quincuagésimo séptimo de la presente Ejecutoria-. Por estas razones, corresponde afirmar que el desbalance patrimonial de la sociedad conyugal no ha sido fehacientemente acreditado; habiéndose transgredido el Principio de Valoración Completa o de Completitud, que exige acreditar los hechos sobre la base de todas las pruebas que hayan sido incorporadas y que sean esenciales y útiles para establecer los hechos[105].

CUADRAGÉSIMO SEXTO: [Respecto de los agravios expuestos por el sentenciado Heber Pedro Farfán Loyola] El Tribunal Superior

---

[105] *Al respecto, vid., Talavera Elguera, Pablo,* La Prueba en el Nuevo Proceso Penal, *1ra ed., Lima: Academia de la Magistratura, 2009, p. 120: El* Principio de Valoración Completa o de Completitud, «tiene una doble dimensión: primero, el juez determina el valor probatorio de cada prueba que tenga por objeto el mismo hecho y posteriormente considera las posibles versiones sobre este hecho, y en segundo lugar, se tiene en cuenta la dimensión global, la cual establece que previo a la redacción de los hechos probados se debe tener en cuenta todos los resultados probatorios obtenidos por el juez en la aplicación individual del principio».

considera que el origen ilícito de los bienes, se ha acreditado con: i) El Oficio N° 6302-2010-DGPNP/OCN-INTERPOL-DIVITID, de fecha 15 de abril del 2010 -obrante a folios 1917/1918-, procedente de la Oficina de Interpol Lima, mediante el cual se informa que Heber Farfán Loyola fue condenado a 8 años de cárcel y 40 millones de liras de multa, por el Tribunal de Milán **en el año 1994**; y, ii) La declaración del procesado Heber Pedro Farfán Loyola -obrante a folios 14684/14692- donde, aceptando tener dichos antecedentes, alegó que su condena fue por hacer entrega de un solo paquete. Asimismo, tal y como puede observarse del contenido literal de la Sentencia de Vista -véase el fundamento 8.4.1 de la misma-, el Tribunal Superior señala, expresamente, que desconoce el contenido de la sentencia condenatoria antes aludida.

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO: Por otra parte, el Tribunal Superior delimitó el marco temporal de imputación al recurrente Heber Pedro Farfán Loyola, al periodo comprendido del 22 de julio del 2007 al 2010; considerando típica únicamente la conducta consistente en: ***a)*** Haber enviado remesas de dinero a la acusada Greis Ingrid Farfán Soto, ***hasta el año 2008,*** por un monto que fluctuaba entre US$ 200 a US$ 3,000.00 dólares americanos ***(acto de transferencia)***. Las otras dos conductas, realizadas después del 22 de julio de 2007, consistentes en la venta del vehículo de placa de rodaje N° BOU-089, con fecha ***19 de mayo de 2010 (acto de transferencia)***; y, el financiamiento e implementación del local donde funcionaría la empresa Aqua Day Spa; concretándose con la modificación del objeto social de la empresa Lupo Express SAC a Aqua Day Spa, el ***20 de enero del 2010 (acto de conversión);*** fueron materia de absolución, conforme se aprecia de la parte resolutiva de la sentencia impugnada. La misma que quedó consentida por el Ministerio Público y la Parte Civil.

CUADRAGÉSIMO OCTAVO: El Tribunal Superior, sin embargo, no ofrece argumentación, ni mayor razonamiento sobre el vínculo entre el supuesto delito fuente -cuya data es del año 1994- con la actividad económica realizada por el recurrente a partir del 22 de julio del 2007 hasta el año 2010; máxime cuando, atendiendo a la lógica esgrimida en la propia Sentencia de vista: hasta antes del 22 de junio de 2007, la actividad económica del recurrente se ha mantenido dentro del ***riesgo permitido;*** esto es, hasta antes de esa fecha, no ha existido ninguna conducta típica de lavado de activos por parte del recurrente Heber Pedro Farfán Loyola.

CUADRAGÉSIMO NOVENO: El Tribunal Superior señala que, respecto del procesado Heber Pedro Farfán Loyola, «se advierte la existencia de un triple pilar indiciario, tales como el manejo de cantidades de dinero que por su

relevancia cuantitativa, y al tratarse de efectivo, ponen de manifiesto operaciones extrañas, las transmisiones dinerarias que se le atribuyen, así como la constatación de vínculos ***con actividades delictivas de tráfico ilícito de drogas»***. Sin embargo, tal "triple pilar indiciario" no se aprecia como verdadero fundamento de la Sentencia de Vista. El Tribunal Superior ha señalado, en el fundamento 8.4.1 de la sentencia de vista, que desconoce el contenido de la sentencia expedida por el Tribunal de Milán; en ese sentido, no existe certeza de cuál es el grado de significancia o idoneidad de los bienes, supuestamente obtenidos ilícitamente en el año 1994, para su transferencia y conversión catorce años después [el acto de transferencia imputado es del año 2008].

QUINCUAGÉSIMO: Respecto del manejo de lo señalado por el Tribunal Superior respecto de las cantidades de dinero de relevancia cuantitativa, y las transmisiones dinerarias efectuadas por el recurrente; cabe precisar que en la Sentencia de Vista se ha sostenido la responsabilidad penal del recurrente, por la realización de una única conducta típica en concreto (de transferencia); consistente en el envío de remesas de dinero a la acusada Greis Ingrid Farfán Soto, hasta el año 2008; por un monto que fluctuaba entre US$ 200 a US$ 3,000.00 dólares americanos. Al respecto, en la Sentencia de Vista no se ha precisado cuál es la cantidad exacta o aproximada de las remesas enviadas; ni cuántas operaciones fueron exactamente; tan solo se dice, de manera general, que se realizaron "hasta el año 2008". En ese sentido, no se advierte cuál es la cantidad de dinero "de relevancia cuantitativa" que el Tribunal Superior atribuye al recurrente.

QUINCUAGÉSIMO PRIMERO: En este mismo orden de ideas, se advierte del contenido de la Pericia Contable N° 063-12-2014-IN/PTID-LAVACTI-EC, ofrecida por la Procuraduría Pública, obrante a folios 26940/26981, que la misma se limita a describir un desbalance patrimonial en la sociedad conyugal conformada por Ruth María Soto Aranda y Heber Pedro Farfán Loyola, entre los años 1999 y 2009; sin embargo, dicha Pericia Contable, no precisó, de manera individual, el patrimonio injustificado o desbalance patrimonial del procesado Heber Pedro Farfán Loyola, en razón a que no se contaba con la documentación necesaria para ello; así mismo, dicha pericia tampoco se centra en el periodo de tiempo del 22 de julio del 2007 al 2010; esto es, periodo en que sí se encontraba tipificado el autolavado, y al cual el propio Tribunal Superior circunscribió la imputación.

QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO: Con respecto a ***"la constatación de vínculos con actividades delictivas con el tráfico ilícito de drogas"***, y a lo señalado en el fundamento 8.4.6. de la Sentencia de Vista, respecto a que "se ***advierte que***

sus ingresos [lícitos] en Italia no eran en cantidad considerable"; no se precisó, siquiera mínimamente, en qué consistieron dichas actividades de tráfico ilícito de drogas en las que se habría visto inmerso el recurrente; ni bajo qué razonamiento se obtiene convencimiento de la idoneidad de tal delito fuente para haber dado lugar a actos de transferencia, mediante el envío de remesas de dinero, hasta el año 2008; y, de ese modo, colocar al recurrente en la imposibilitar de justificar que sus bienes provienen de fuente legal; máxime cuando el recurrente en todo momento alegó que fue absuelto del supuesto delito fuente.

QUINCUAGÉSIMO TERCERO: No se aprecia certeza, por consiguiente, respecto del origen ilícito de los bienes; máxime cuando en consideración del propio Tribunal Superior, con anterioridad a los actos de conversión y transferencia imputados, el recurrente desarrolló una amplia actividad económica no criminalizada por la Ley como autolavado, hasta el 21 de julio de 2007; actividad que, de acuerdo a las máximas de la experiencia, le habría generado ganancias lícitas; no habiéndose descartado que con estas mismas ganancias lícitas continuó con su actividad económica hasta el año 2010. En ese sentido, existe duda razonable de que el comportamiento del recurrente, a partir del 22 de julio de 2007, haya constituido un comportamiento idóneo para -de acuerdo con el tenor de la Ley Penal vigente aplicable a partir de este periodo, Decreto Legislativo N° 986- [convertir y transferir dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, y] ***"dificultar la identificación de su origen, su incautación o decomiso".***

QUINCUAGÉSIMO CUARTO: El Tribunal Superior no ha deslindado que la actividad económica del recurrente, en los años 2008 y 2010, provenga de la supuesta fuente ilícita que data de 1994; y no de la actividad económica lícita que el recurrente desplegó hasta antes del 22 de julio de 2007; en consecuencia, tampoco ha podido explicar la idoneidad de las conductas para dificultar el origen de bienes de procedencia ilícita; precisamente, por cuanto dicha calidad -origen ilícito- tampoco se ha podido demostrar. En ese sentido, el Tribunal Superior no ha superado la duda razonable, sobre la presunta responsabilidad penal del recurrente Heber Pedro Farfán Loyola.

QUINCUAGÉSIMO QUINTO: El Tribunal Superior consideró que eran atípicos, respecto del delito de Lavado de Activos en la figura de "autolavado", todos aquellos actos que los procesados Héctor Soto Aranda, David Walter Soto Aranda y Heber Pedro Farfán Loyola realizaron hasta antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 986; imputándoles la comisión de actos de ***conversión*** y ***transferencia*** recién a partir de este periodo de tiempo. Atendiendo a dicha

delimitación del marco temporal de imputación, se deriva como consecuencia lógica que, en el caso de los tres sentenciados antes mencionados, tuvo lugar una ***mezcla de fondos ilícitos con fondos lícitos;*** esto es, una mezcla entre las ganancias supuestamente obtenidas del delito fuente, con las operaciones económicas realizadas antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 986° -norma que, según el criterio seguido por el Tribunal Superior, recién vivo a criminalizar la figura del "autolavado"-; y, a la vez, entre dichas actividades económicas -por ende, lícitas-, con los actos de ***conversión*** y ***transferencia*** imputados.

QUINCUAGÉSIMO SEXTO: Para la imputación de actos propios de Lavado de Activos, en el contexto de una ***mezcla de fondos ilícitos con fondos lícitos,*** se exige que el bien de origen delictivo revista «un nivel de significancia en el conjunto de los fondos»[106]; esto es, atendiendo al caso concreto, «exigir cierta entidad del dinero maculado para transmitir su naturaleza delictiva al fondo conjunto»[107]. Es por esa razón que, «como contrapeso a esta indefinición legal, se le exige al juez una motivación cualificada de su decisión que la hagan razonable y, por lo tanto, previsible. El nivel de significancia debe, por lo tanto, ser determinado por el juez en función de la incidencia del dinero sucio en la valoración económica de los fondos mezclados»[108]. En el caso de autos, sin embargo, además de la inexistencia de prueba suficiente, no existe motivación judicial respecto a la significancia o entidad de los bienes de origen ilícito o, en todo caso, a la idoneidad de los delitos fuentes para haber generado ganancias ilegales de considerable magnitud, que permitan imputarle a los recurrentes Héctor Soto Aranda, David Walter Soto Aranda y Heber Pedro Farfán Loyola, la realización de actos de ***conversión*** y ***transferencia*** luego de haber transcurrido un vasto periodo de tiempo desde que tuvieron lugar los delitos fuentes; periodo en el que, además, aquellos desplegaron variada actividad económica permitida por la Ley [al no estar criminalizada la figura del "autolavado"].

QUINCUAGÉSIMO SÉPTIMO: [Respecto de los agravios expuestos por el Ministerio Público y la Parte Civil respecto de la absolución de Ruth María Soto Aranda] En relación al delito previo, según la imputación esgrimida por el representante del Ministerio Público, los activos utilizados por la acusada Ruth María Soto Aranda, fueron proporcionados por Heber Farfán Loyola, quien, según se observa del Oficio N° 6302-2010 de la Interpol-Lima, obrante a folios

---

106 García Cavero, Percy, *Derecho Penal Económico. Parte Especial,* vol. I, 2da ed., Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 592.

107 Ibídem, p. 592.

108 Ibídem, p. 592.

1917/1918, fue condenado por el Tribunal de Milán en el año 1994; advirtiéndose que en dicha fecha habría usado la identidad de Félix Manuel Loyola. A juicio del Tribunal Superior, solamente estos antecedentes podrían considerase como delito previo del delito de Lavado de Activos; debiendo descartarse, como tal, la sentencia absolutoria por el delito de tráfico ilícito de drogas, a favor de la procesada Ruth Soto Aranda, obrante a folios 25818/25819, de fecha 16 de julio de 1997. En consideración del Tribunal Superior -véase fundamento 8.6.1 de la Sentencia de Vista-, una ***sentencia absolutoria,*** dada su naturaleza, ***"no constituye delito previo del delito de lavado de activos procedente del tráfico ilícito de drogas";*** por tanto, ***"el extremo de la*** sentencia absolutoria de la acusada carece de relevancia probatoria"

QUINCUAGÉSIMO OCTAVO: Estando a lo anterior, esta Sala Suprema se remite a los fundamentos ya expuestos en los considerandos cuadragésimo octavo y siguientes de la presente Ejecutoria; en el sentido de que, habiéndose circunscrito -por parte del Ministerio Público y del Tribunal Superior-, los activos de Ruth María Soto Aranda a la misma fuente ilícita imputada a Heber Pedro Farfán Loyola; corresponde concluir que, también en este extremo, no existe certeza del origen ilícito de los bienes; no teniéndose por acreditado dicho elemento normativo del delito de Lavado de Activos respecto de Ruth María Soto Aranda; por lo que, desde ya, carecen de objeto los agravios expuestos por el Ministerio Público y por la Parte Civil respecto de dicha imputada.

QUINCUAGÉSIMO NOVENO: Aunado a lo anterior, tampoco se ha acreditado la existencia de un desbalance patrimonial por parte de Ruth María Soto Aranda. Al respecto, como bien anota el Tribunal Superior en el fundamento 8.6.4 de la Sentencia de Vista; el Dictamen Pericial Contable N° 88-07-2010-DIRANDRO-PNP/OFICRI- UNITEFIN-E2, de folios 1558/1591, realizado a la procesada Ruth María Soto Aranda; carece de periodo determinado, al no haberse indicado el inicio de las actividades, según aparece en el rubro III. Base de la pericia, punto A. Alcance -véase folios 1561 -. Y, por su parte, la Pericia Contable N° 063-12-2014-IN/PTID-LAVACTI-EC, de folios 26940/26981; no precisa un pronunciamiento a título personal de la procesada Ruth María Soto Aranda, sino de la sociedad conyugal conformada por ésta y por Heber Farfán Loyola; máxime cuando dicha sociedad conyugal fue resuelta en el año 1997, según sentencia de divorcio obrante a folios 24207/24208.

SEXAGÉSIMO: El Tribunal Superior también ha valorado la pericia contable de parte, obrante a folios 19729/19757 -véase el considerando 8.6.5 de

la Sentencia de Vista-; además de los ***contraindicios*** -detallados en el considerando 8.6.14 de la recurrida-, consistentes en: i) La existencia de una sentencia de divorcio que justifica el envío de dinero desde el extranjero por parte de Heber Pedro farfán Loyola; ii) La acreditación de treinta letras de cambio que dan cuenta del préstamo con el que habría sido adquirido el departamento D-12, Block "D", lote 28, de la Parcela "C", Lotización Lima Polo Hunt Club - Santiago de Surco; iii) Las declaraciones vertidas en el plenario que dan cuenta del préstamo efectuado a la acusada Ruth María Soto Aranda, por parte de su señora madre, con el cual habría adquirido el inmueble ubicado en la calle Monte Abeto Lote 20, Mz. A; y, iv) Las copias certificadas de la constancia de denuncia interpuesta por la acusada Ruth María Soto Aranda, obrantes a folios 25809/25812, que acreditan que ésta fue víctima de hurto de diversos documentos que acreditarían el origen legal de su patrimonio.

SEXAGÉSIMO PRIMERO: A lo expuesto por el Tribunal Superior, cabe precisar que el delito de lavado de activos no tiene por objeto castigar el desbalance patrimonial o el incremento patrimonial no justificado, como equivocadamente lo esgrime el Ministerio Público al basar su imputación en la Pericia Contable N° 88-07-2010-DIRANDRO- PNP/OFICRI-UNOITEFIN-E2; donde se señala que la procesada no ha acreditado ***«la procedencia lícita de sus movimientos financieros, así*** tampoco las adquisiciones, ni inversiones que realizó; además, que los depósitos y pagos en sus cuentas han sido considerados como ingresos por cuanto deben tener un origen que no ha sido acreditado; concluyendo que Ruth María Soto Aranda, desde el inicio de sus actividades hasta el 28 de febrero del año 2010, no ha sustentado con documentos contables la existencia de negocios o actividad lícita que justifiquen el desbalance patrimonial por S/. 2'356.188.73, así como tampoco las transferencias que se registran a su favor» ***-véase el punto 5.6.4 de la Sentencia de Vista-. Dar cabida a este parecer, implica legitimar la inversión de la carga de la prueba. En ese sentido, contrariamente a la tesis que deja entrever el Ministerio Público, lo que castiga el delito de Lavado de Activos, no es el desbalance patrimonial de la persona, sino aquellos actos concretos de conversión, tenencia, transferencia, etcétera, de activos de procedencia ilícita; lo que no se encuentra acreditado en el presente caso.***

SEXAGÉSIMO SEGUNDO: No es el procesado quien tiene la carga de la prueba para demostrar la procedencia lícita de su patrimonio; sino que, por el contrario, es el Ministerio Público quien tiene la carga de la prueba para acreditar la procedencia delictiva del patrimonio del procesado. Al respecto, como bien lo

ha advertido el Tribunal Superior en este extremo, tampoco se ha acreditado la existencia «de ***una relación causal entre el delito fuente (tráfico ilícito de drogas que registra Heber Farfán Loyola en el año 1994) y el delito de lavado de activos atribuido a la acusada con data primigenia del 2003 (la constitución de la empresa Lupo Express, según la imputación), en virtud al tiempo existente entre el primer y el segundo, que no permite la constatación que dichos bienes tienen su origen en el delito previo».*** Este razonamiento, sin embargo, debió también aplicarse en el extremo de los condenados David Walter Soto Aranda, Héctor Soto Aranda y Heber Pedro Farfán Loyola, respecto de los cuales tampoco se acreditó el vínculo entre el delito fuente y los actos de conversión y transferencia imputados, acaecidos muchos años después de la data del delito fuente. En este extremo, cabe recordar que el acusado Farfán Loyola fue condenado por haber enviado remesas de dinero a la coacusada Greis Ingrid Farfán Soto; mas no así, por haber enviado o entregado dinero a la coprocesada Ruth Soto Aranda. En consecuencia, al no existir prueba suficiente respecto del origen delictivo de los bienes, corresponde confirmar la absolución de la procesada Ruth María Soto Aranda.

SEXAGÉSIMO TERCERO: [Respecto de los agravios expuestos por la acusada Greis Ingrid Farfán Soto] El Tribunal Superior considera que el delito previo se encuentra acreditado con el Oficio N° 6302-2010, de la Interpol-Lima, obrante a folios 1917/1918, donde se señala que el acusado Heber Pedro Farfán Loyola, padre de la procesada Greis Ingrid Farfán Soto, fue condenado por el Tribunal de Milán en el año 1994. El Colegiado, lo descartó, respecto a la procesada Ruth Soto Aranda, por cuanto se remitió a la sentencia absolutoria por el delito de tráfico ilícito de drogas, a favor de dicha procesada [progenitora de la procesada Greis Farfán Soto], obrante a folios 25818/25819, de fecha 16 de julio de 1997.

SEXAGÉSIMO CUARTO: Tal como se advierte, la única información en la que se basa el Tribunal Superior, para concluir por la procedencia delictiva de los bienes, en el caso de la procesada Greis Ingrid Farfán Soto; es que el padre de ésta, Heber Pedro Farfán Loyola (a quien se está absolviendo), ***"el 21.12.1994, fue condenado por el Tribunal de Milán a 8 años de cárcel y 40 millones de liras de multa".*** Sin embargo, en la Sentencia impugnada, no se da razones sobre cómo es que, a partir de dicho delito fuente, se comprueba la ***procedencia*** ilícita de los bienes, ***su entidad,*** y ***su significancia,*** para dar lugar a actos de ***conversión*** y ***transferencia*** por parte de la procesada Greis Ingrid Farfán Soto, desde el año 2004 hasta el año 2010 (periodo investigado). Incluso, en el fundamento 8.5.18, literal

d) de la Sentencia impugnada, el Tribunal Superior reconoce que, atendiendo a que el delito fuente data del año 1994, y los hechos imputados ocurrieron a partir del año 2004 (10 años después), ello podría ser un indicador de falta de conexidad entre uno y otro; sin embargo, acto seguido, termina descartándolo sin mayor argumentación; aduciendo que, ***«en el caso concreto se advierte mayores indicios, con fuerza acreditativa)).***

SEXAGÉSIMO QUINTO: El razonamiento del Tribunal Superior antes expuesto, resulta incorrecto; por cuanto soslaya que el "origen ilícito" de los bienes es un elemento normativo del tipo penal de Lavado de Activos y, no un elemento puramente fenomenológico; lo cual implica que deberá ser probado fehacientemente en el proceso[109]. En este orden de ideas, si no existe certeza sobre el origen ilícito de los bienes, no resulta posible condenar argumentando que el procesado no ha podido justificar el origen lícito de los mismos. Por ello, debe desestimarse el razonamiento del Tribunal Superior, plasmado en el fundamento 8.5.17 de la Sentencia de instancia, donde equivocadamente se señala que: ***"la defensa ha invocado que la acusada Greis Farfán Soto ha ejercido actividades económicas lícitas que permitan justificar su patrimonio, empero no ha podido acreditarlas de manera suficiente".*** Basar la condena en esta conclusión, sin existir certeza sobre el origen ilícito de los bienes, implica legitimar la inversión de la carga de la prueba; liberando de dicha obligación constitucional al Ministerio Público; lo que vulnera el debido proceso y las garantías constitucionales que inspiran el proceso penal. Por ello, en estos últimos tiempos, los sistemas democráticos abogan por la constitucionalización del proceso penal.

SEXAGÉSIMO SEXTO: Es pertinente señalar que, habiéndose circunscrito -por parte del Ministerio Público y el Tribunal Superior-, los activos de Greis Farfán Soto, a la misma fuente ilícita imputada al acusado Heber Pedro Farfán Loyola; corresponde concluir que, al no existir certeza del origen ilícito de los bienes en dicho extremo, tampoco puede afirmarse en el caso de la acusada Greis Farfán Soto. En consecuencia, no habiéndose acreditado dicho elemento normativo del delito de Lavado de Activos; corresponde la absolución de la encausada, al no haberse superado la duda razonable. La duda se acrecienta, cuando todos los actos del acusado Farfán Loyola, desde 1994 hasta el 21 de julio de 2007, fueron declarados hechos atípicos, al haberse declarado fundada la excepción de naturaleza de acción a su favor; donde obviamente están incluidos

---

109 Vid. Pariona Pastrana, Josué, *El delito precedente en el delito de lavado de activos,* 1ra ed., Lima: Instituto Pacífico, 2007, p. 93 y ss.

las presuntas remesas de dinero que habría hecho a su hija en referencia. Si esto es así, todos los bienes que adquirió hasta el 21 de julio de 2007 serían lícitos. Solo estarían en cuestionamiento las remesas de dinero desde el 22 de julio de 2007 hasta fines del año 2008, por el cual fue condenado el acusado Farfán Loyola. Sin embargo, no se ha probado que la acusada Greis Farfán Soto haya recibido por alguna vía, tales remesas de dinero; así como se ignora la cantidad o cantidades; y esencialmente, no existe prueba idónea, pertinente, conducente y eficaz que acredite que dichos dineros (de haber existido) sean producto del delito de tráfico ilícito de drogas, que el acusado Farfán Loyola (padre de la acusada) cometió el año 1994, en Italia. En consecuencia, es aplicable al caso de la mencionado acusada, la garantía constitucional prevista en el artículo 139°, inciso 11, de la Constitución Política, que señala ***"En caso de duda hay que estar a lo más favorable al reo".***

SEXAGÉSIMO SÉPTIMO: [Respecto de los agravios expuestos por el Ministerio Público y la Parte Civil contra la absolución de Raúl Rubén Soto Aranda] Tal como puede apreciarse en el considerando 8.3.1 de la sentencia impugnada, el Tribunal Superior fundamentó la absolución del procesado Raúl Rubén Soto Aranda, principalmente, en la insuficiencia probatoria respecto de la actividad criminal previa, que originó el ilícito imputado de lavado de activos. Al respecto, señala el Tribunal Superior, que, a folios 27412/27414 y 27415, se advierte la existencia de una sentencia absolutoria, a favor del procesado Raúl Rubén Soto Aranda, respecto del delito de Tráfico Ilícito de Drogas.

SEXAGÉSIMO OCTAVO: Al respecto, analizada la sentencia absolutoria de fecha diez de octubre de 1990, obrante a folios 27412 y siguientes, se tiene que el acusado Raúl Rubén Soto Aranda fue procesado por un hecho acaecido con fecha **10 de febrero de 1989**, que se origina con la intervención de un inmueble, por parte de la Sub-Dirección de Investigaciones de Tráfico Ilícito de Drogas -SDINTID- ; diligencia en mérito a la cual se encontró "***una substancia blanquecina cristalizada escondida dentro de una bota de mujer, la que al parecer se trataba de clorhidrato de cocaína***". Sin embargo, del contenido de la sentencia obrante en autos, no se menciona la cantidad de droga hallada; tan solo se menciona que Raúl Rubén Soto Aranda, junto a otros procesados, fue absuelto por cuanto el Décimo Cuarto Tribunal Correccional de Lima, consideró que ***"no existen elementos suficientes como para concluir que ésta [la sustancia hallada] les pertenezca, o tengan alguna relación con la misma.***

SEXAGÉSIMO NOVENO: En este orden de ideas, es conveniente resaltar que una de las características más importantes del delito precedente, «es

la producción de ganancias o efectos»;[110] circunstancia que no puede predicarse respecto de un hecho que pudo atribuirse al procesado Raúl Rubén Soto Aranda; lo cual, aunado a la fecha en que se suscitaron aquellos hechos (año 1989); conlleva a sostenerse que no se cumple con la tipicidad objetiva del delito de lavado de activos; por no haberse acreditado que los bienes adquiridos por dicho acusado provienen del delito de tráfico ilícito de drogas; debiendo confirmarse la absolución en este extremo; careciendo de objeto pronunciarse sobre los agravios expuestos por el Ministerio Público y la Parte Civil, que se refieren solo a los bienes adquiridos por dicho encausado.

SEPTUAGÉSIMO: [Respecto de los agravios expuestos por el Ministerio Público y la Parte Civil contra la absolución de Elba Serafina Rimachi Túnjar] Al respecto, debe anotarse que la tesis incriminatoria contra la procesada Elba Serafina Rimachi Tunjar, alude a la misma fuente ilícita atribuida al cónyuge de ésta, Raúl Rubén Soto Aranda; es decir, que los bienes que adquirió en sociedad conyugal con este último y a título personal, fue con dinero producto del tráfico ilícito de drogas cometido por el encausado Raúl Rubén Soto Aranda. Al respecto, como ya se ha razonado, durante el proceso no se ha actuado prueba suficiente que acredite, más allá de toda duda razonable, que el dinero con el que ambos acusados empezaron a adquirir sus bienes, proviene de dicho delito; si se tiene en cuenta que el procesado Raúl Rubén Soto Aranda nunca fue condenado por dicho delito; lo que significa que no se ha probado uno de los elementos normativos del tipo penal (existencia del delito previo o delito fuente). En ese sentido, si no se ha probado dicho elemento normativo del tipo, entonces, la conducta es atípica, careciendo de objeto razonar o emitir pronunciamiento sobre los demás elementos del tipo objetivo, a que se refieren los agravios expuestos por el Ministerio Público y por la Parte Civil. En consecuencia, debe confirmarse la absolución de la encausada Rimachi Túnjar.

SEPTUAGÉSIMO PRIMERO: [Respecto de los agravios expuestos por el Ministerio Público contra la absolución de la acusada Gloria Yudith Soto Aranda] Conforme se tiene del dictamen fiscal acusatorio -ver folios 23339 y siguientes-, el Ministerio Público concluye que «**Gloria Yudith Soto Aranda** ha conformado la empresa de fachada "Maxhua S.A.C.", junto con sus hijos los coprocesados ***Franklin Denis Huamán Soto*** y ***Fritz Micheel Huamán Soto,***

---

[110] Vid. Pariona Pastrana, Josué, *El delito precedente en el delito de lavado de activos,* 1ra ed., Lima: Instituto Pacífico, 2007, p. 109.

con dinero producto de las actividades delictivas de sus hermanos David Walter Soto Aranda, Cuenen Delfín Soto Aranda y Héctor Soto Aranda; y así ocultar el dinero proveniente del tráfico ilícito de drogas; siendo responsable de actos de **ocultamiento y tenencia**, entendiéndose que el verbo rector es ***"recibir dinero cuyo origen ilícito conoce o debía presumir"***, por el hecho de haber recibido dinero de procedencia ilícita y, por haber realizado ***actos de conversión,*** al haber constituido su empresa en cuestión». Asimismo, se le imputa haber adquirido un inmueble el 22 de mayo de 2006, por la suma de US $ 70,000.00; dinero que le habría sido entregado por su hermano el coacusado Walter Soto Aranda.

SEPTUAGÉSIMO SEGUNDO: De lo expuesto precedentemente, se tiene que el Ministerio Público postula que la procesada Gloria Yudith Soto Aranda, habría lavado activos provenientes de la misma fuente que la de su hermano, David Walter Soto Aranda; es decir, producto del delito de tráfico ilícito de drogas que cometió el año 1998. En ese sentido, corresponde señalar lo ya desarrollado en los considerandos vigésimo tercero y siguientes, así como trigésimo primero y siguientes, de la presente Ejecutoria Suprema; en el sentido de que, en el caso de los procesados David Walter Soto Aranda y Héctor Soto Aranda, no existe certeza respecto del origen ilícito de los bienes por los cuales fueron condenados. Concretamente, en el caso de la adquisición del inmueble, no existe prueba suficiente que acredite que el dinero invertido por la encausada Gloria Yudith Soto Aranda, provenga del delito de tráfico ilícito de drogas; igual ocurre con la constitución de la Empresa Maxhua S.A.C., cuyo capital no provino de dicho delito. En este extremo, cabe hacer referencia al dictamen del Señor Fiscal Supremo, quien en el fundamento 3.112, opina porque se confirme la absolución de la referida procesada, por este último cargo; por tanto, corresponde confirmar la absolución de la procesada Gloria Yudith Soto Aranda.

SEPTUAGÉSIMO TERCERO: Incluso, lo reconoce el propio Ministerio Público en el fundamento IV. 1.14 de su Dictamen Fiscal Acusatorio; cuando señala que es necesario **que se establezca una vinculación razonable entre los activos materia de lavado con el delito previo** (...). En suma, no es suficiente que una persona o personas, tengan un considerable caudal de activos para que se configure la comisión del delito en cuestión, sino que **es necesario establecer la conexión entre éstos y el origen ilícito de tales activos**». Conexión que, al no haberse acreditado en el presente caso, no deja más alternativa que la absolución.

SEPTUAGÉSIMO CUARTO: [Respecto de los agravios expuestos por el Ministerio Público contra la absolución de Betty Rosalía Soto Aranda]

El Ministerio Público atribuye a la procesada Betty Rosalía Soto Aranda, la conversión y transferencia de activos, entre los años 2004 al 2009. Al respecto, tal como se advierte de la acusación fiscal - véase folios 23373- y del respectivo dictamen aclaratorio -véase folios 24770-, el Ministerio Público formula una imputación meramente genérica, respecto del supuesto origen ilícito de los bienes; limitándose a mencionar que dicha fuente ilícita proviene del delito de tráfico ilícito de drogas, en el cual se encuentran implicados sus hermanos David Walter Soto Aranda, Raúl Rubén Soto Aranda, Héctor Soto Aranda, Ruth María Soto Aranda, y Heber Pedro Farfán Loyola; y "reforzando" su imputación en el hecho de que la procesada ***in comento,*** no ha podido justificar la procedencia lícita de sus activos.

SEPTUAGÉSIMO QUINTO: Tal imputación defectuosa, realizada por el Ministerio Público, carece de mérito para generar convicción respecto de la responsabilidad penal de la procesada; fundamentalmente, por dos razones: i) Primero, porque no cumple con el Principio de Imputación Necesaria, según el cual, «no es suficiente la simple enunciación de los supuestos de hecho contenidos en las normas penales; éstos deben tener su correlato fáctico concreto, debidamente diferenciado y limitado respecto de cada uno de los encausados»[111]; y, ii) Segundo, porque al basarse, la imputación, en la misma fuente atribuida a los sentenciados David Walter Soto Aranda, Raúl Rubén Soto Aranda, Héctor Soto Aranda, Ruth María Soto Aranda, y Heber Pedro Farfán Loyola, respecto de los cuales dicha imputación no ha llegado al nivel de certeza que se requiere para dictar una sentencia condenatoria; con mayor razón, no podría sostenerse la responsabilidad penal de la procesada Betty Rosalía Soto Aranda; por lo que debe confirmarse su absolución; no siendo de recibo los agravios expuestos por el Ministerio Público y por la Parte Civil.

SÉPTUAGÉSIMO SEXTO: [Respecto de los agravios expuestos por la parte civil contra la absolución de Víctor Angel Cappelletti Julio] **El Ministerio Público le atribuye la calidad de cómplice primario del delito de Lavado de Activos; al haber colaborado en actos de conversión y transferencia de dinero, provenientes del delito de Tráfico Ilícito de Drogas, en los cuales se encontraban involucrados los acusados David Walter Soto Aranda, Heber**

---

[111] Ejecutoria Suprema dictada en el R.N. N° 956-2011/Ucayali, de fecha 08 de marzo de 2013, *F.J.* Tercero (V).

Pedro Farfán Loyola y Ruth María Soto Aranda. Al respecto, sin embargo, de conformidad con los fundamentos ya expuestos respecto de éstos procesados, en el sentido de que no se encuentra debidamente acreditada la procedencia ilícita de los bienes; corresponde confirmar la absolución de Víctor Angel Cappelletti Julio.

SÉPTUAGÉSIMO SÉPTIMO: La complicidad primaria implica la existencia de un aporte sustancial a la realización de un ***hecho punible.*** En el presente caso, tal ***hecho punible*** no se encuentra acreditado; por cuanto, en el caso de los procesados David Walter Soto Aranda, Heber Pedro Farfán Loyola y Ruth María Soto Aranda, no existe prueba suficiente del elemento típico "origen ilícito" de los bienes; no habiéndose motivado, sobre la base de prueba directa o indiciaria -en este último caso, de conformidad con lo establecido en el considerando Quinto de la Casación N° 628-2015/Lima, del 05 de mayo del 2016-, la concurrencia de dicho elemento normativo del tipo. En suma, no existe prueba suficiente que acredite que el dinero o bienes aportados por el encausado Cappeletti Julio, hayan provenido del delito de tráfico ilícito de drogas, cometidos por los hermanos Soto Aranda; y que aquél acusado sabía o debía presumir que eran de procedencia delictiva. En consecuencia, corresponde confirmar la absolución en este extremo; debiendo desestimarse los agravios de los impugnantes.

FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO RESPECTO DE LOS AGRAVIOS EXPUESTOS POR LA PARTE CIVIL Y POR EL MINISTERIO PÚBLICO, EN EL EXTREMO DE LA ABSOLUCIÓN DE YIBES NELLY SOTO ARANDA, ANDRÉS GUSTAVO FARFÁN SOTO. EDWARD MARTÍN SOTO RODRÍGUEZ. FRITZ MICHEEL HUAMÁN SOTO Y FRANKLIN DENIS HUAMÁN SOTO -PRINCIPIO DE JERARQUÍA Y PRINCIPIO DE OFICIALIDAD-

SÉPTUAGÉSIMO OCTAVO: El señor Fiscal Supremo en lo Penal, al absolver los recursos de nulidad formalizados por el Fiscal Superior y por la parte civil, en el extremo de la absolución de los procesados Yibes Nelly Soto Aranda, Andrés Gustavo Farfán Soto, Edward Martín Soto Rodríguez, Fritz Micheel Huamán Soto y Franklin Denis Huamán Soto; opinó porque se declare No Haber Nulidad en dicho extremo de la resolución impugnada.

SÉPTUAGÉSIMO NOVENO: [Principio de Jerarquía Institucional] Si bien este extremo de la resolución también ha sido objeto de recurso de nulidad por parte del Fiscal Superior, debe prevalecer la posición del señor Fiscal Supremo en lo penal; quien ha dictaminado a favor de no haber nulidad en este extremo.

Así, conforme ya ha sido señalado por este Tribunal Supremo en el Recurso de Nulidad N° 2803-2015-Lima [FJ sétimo]: «El Ministerio Público está sujeto al **PRINCIPIO DE JERARQUÍA INSTITUCIONAL**, cuya relevancia normativa dimana del artículo 5° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, que estipula: "***Los fiscales actúan independientemente en el ejercicio de sus atribuciones, las que desempeñarán según su propio criterio y en la forma que estimen más arreglada a los fines de su institución. Siendo un cuerpo jerárquicamente organizado deben sujetarse a las instrucciones que pudieren impartirle sus superiores***".

OCTOGÉSIMO: Acorde con lo anterior, conviene destacar que el Tribunal Constitucional ha reconocido la relevancia jurídica de este principio. Así, en la sentencia número 2920-2012-PHC/TC-Lima, de fecha veintitrés de agosto de dos mil trece, se estableció: "(...) los fiscales de menor grado o rango, deben sujetarse a las instrucciones de sus superiores, dado que *(...)* el Ministerio Público es un órgano orgánica y jerárquicamente estructurado, de modo que las competencias *(...)* atribuidas puedan ser ejercidas por los funcionarios determinados para tal efecto, quienes puedan actuar conforme a su ***criterio o conforme a lo ordenado o dispuesto por sus superiores (...)"*** [FJ octavo]; ***y al mismo tiempo, se determinó: "(...) en aplicación del (...) artículo 5° de la LOMP -Ley Orgánica del Ministerio Público- cuando un actuado llega a conocimiento del Fiscal Superior o Supremo, es el criterio de éste el que debe primar sobre el criterio de los Fiscales de menor jerarquía (...)"*** [FJ noveno, literal c]». Del mismo modo, el recurso de nulidad interpuesto por la Parte Civil, ***en este extremo,*** tampoco puede prosperar; ello en estricta observancia del Principio Acusatorio y de Oficialidad en la persecución pública del delito. En este sentido, no hay otra alternativa constitucional que confirmar la absolución de los procesados, en este extremo.

OCTOGÉSIMO PRIMERO: [Principio de Oficialidad] Con relación a los agravios presentados por la parte civil, en el extremo de la absolución de los procesados Yibes Nelly Soto Aranda, Andrés Gustavo Farfán Loyola, Edward Martín Soto Rodríguez, Fritz Micheel Huamán Soto y Franklin Denis Huamán Soto; este Tribunal Supremo no puede soslayar la posición jurídica del señor Fiscal Supremo en lo Penal, quien detenta, en su máxima jerarquía, la titularidad del ejercicio de la acción penal y la persecución pública del delito en el Ministerio Público. Al respecto, es pertinente recordar que la intervención procesal de la Parte Civil, si bien es coadyuvante en la acreditación del hecho histórico postulado por el Ministerio Público, empero, no es independiente a los lineamientos persecutores que éste imponga. Por ello, le está vedada la posibilidad jurídica de insertar alguna pretensión acusatoria, al margen de las disposiciones incriminatorias de la Fiscalía.

OCTOGÉSIMO SEGUNDO: Corresponde observar, por tanto, el **Principio de Oficialidad**, según el cual, el ejercicio de la acción penal y la formulación de una pretensión punitiva, son prerrogativas ejercidas a instancia privativa del Ministerio Público, como órgano oficial especializado. Las atribuciones de este último no pueden ser ejercidas por ningún otro órgano, al no existir norma constitucional que habilite un supuesto de excepción.

OCTOGÉSIMO TERCERO: La Parte Civil posee limitaciones formales respecto al objeto penal, como requerir la sanción penal, formular solicitudes al margen de su derecho indemnizatorio, solicitar medidas limitativas de derechos e intervenir en el procedimiento correspondiente cuando no está referido al objeto civil. Esto último, además, constituye una manifestación del Principio Acusatorio; sobre el cual, la Corte Suprema mantiene una línea reiterada de respeto como garantía inherente del debido proceso[112].

OCTOGÉSIMO CUARTO: En consecuencia, el recurso de nulidad interpuesto por la Parte Civil no puede prosperar, en observancia del Principio Acusatorio y de Oficialidad en la persecución pública del delito. En ese sentido, con la finalidad de no afectar la autonomía del Ministerio Público, reconocida en el artículo 158° de la Constitución Política del Estado, esta Sala Penal Suprema debe confirmar el extremo de la sentencia absolutoria recurrida. Finalmente, cabe mencionar que, en anterior pronunciamiento, se reconoció la posibilidad de recurrir, en casos similares, a la ***motivación por remisión***[113], con el propósito de racionalizar el esfuerzo jurisdiccional; y siempre que la posición del señor Fiscal Supremo en lo Penal, en sus contornos fácticos, se verifique debidamente justificada; lo que efectivamente ocurre en el presente caso.

OCTOGÉSIMO QUINTO: De otro lado, el Señor Fiscal Supremo, en su dictamen correspondiente, solicita que en vía de integración, se declare a la empresa MAXHUA S.A.C. como no responsable por los hechos ilícitos que se le imputan. Asimismo, solicita que en un nuevo juzgamiento, deberá emitirse pronunciamiento respecto a la responsabilidad de la empresa Lupo Express S.A.C. Al respecto, como quiera que mediante la presente Ejecutoria Suprema se está absolviendo a los condenados y confirmando todas las absoluciones; carece de objeto emitir pronunciamiento sobre lo peticionado por el Ministerio Público.

---

[112] Por todas, véase la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1444- 2015/ Lima, de fecha 16 de febrero de 2017, F.J. Décimo Noveno.

[113] Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1906-2015/Lima, de fecha 10 de agosto de 2016, *F.J.* Décimo Tercero y Décimo Cuarto

OCTOGÉSIMO SEXTO: Finalmente, en cuanto a las medidas coercitivas personales que pesan contra los procesados que fueron condenados por el Tribunal de Juzgamiento. Éstos, estuvieron concurriendo al juicio oral en calidad de "reos libres"; habiéndose ordenado sus capturas a raíz de la sentencia condenatoria; sin embargo, al haber sido absueltos con la presente resolución, debe dejarse sin efecto dichas órdenes de captura, oficiándose a las autoridades policiales correspondientes; anulándose sus antecedentes policiales y judiciales generados con motivo del presente juzgamiento.

144

§144. Elementos típicos del delito de Lavado de Activos

Recurso de Nulidad	2868-2014-LIMA
Fecha	27 de diciembre de 2016
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	San Martín Castro
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo.
Disposiciones estudiadas	D. Leg. 1106

RESUMEN:

La acreditación de la procedencia delictiva de los activos lavados debe confirmarse —indistintamente con prueba directa y/o con prueba indiciaría, ambas en plano de igualdad; aunque la última, que no es por ello más insegura ni subsidiaria, es la más común en estos casos- en la causa incoada por delito de lavado de activos.

Debe probarse algún vínculo o conexión con actividades delictivas graves [...] o con personas o grupos relacionados con ese delito.

Es obvio que no hace falta la existencia de una sentencia previa que haya declarado el delito precedente, pues de lo contrario no sería posible en la mayoría de los casos aplicar el tipo de lavado de activos —son razones de política criminal las que autorizan a entender de esta forma el alcance del referido elemento normativo del tipo.

FUNDAMENTOS:

1. DE LOS RECURSOS DE NULIDAD DE LAS PARTES. ÁMBITO DEL GRADO

PRIMERO: Que la señora fiscal adjunta superior en su recurso formalizado de fojas veintidós mil doscientos noventa, del dos de mayo del

dos mil catorce, requiere se reforme el extremo de la sentencia que amparó las excepciones de naturaleza de acción y se anule el extremo absolutorio por una deficiente valoración de la prueba.

Arguye, en el primer extremo —atipicidad del hecho imputado— lo siguiente: que no se requiere la comprobación del delito previo, solo que las ganancias se vinculen con un delito previo; que el encausado Lagos Lizarbe aceptó estar involucrado en procesos de tráfico ilícito de drogas —años mil noventa y uno, dos mil tres y dos mil siete—; que los imputados evidenciaron un incremento patrimonial inusual sin justificar el origen del dinero, además registran montos de dinero en bancos en época coetánea a las fechas en que Lagos Lizarbe estuvo involucrado en tráfico ilícito de drogas; que los imputados pretendieron justificar sus ingresos con empleos temporales o negocios informales que solo les ha alcanzado para sus necesidades básicas; que las adquisiciones del inmueble de la urbanización Olimpo de Salamanca y de los vehículos de placa de rodaje número NM guión ocho mil setecientos ochenta y dos. XI guión nueve mil cuatrocientos treinta y ocho y XO guión mil ochocientos ochenta y seis se realizaron entre los años mil novecientos noventa y cinco y dos mil uno y por parte de la conviviente de Lagos Lizarbe, Ginna Ortiz Ochoa; que no es que la norma prohibía o no comprendía como lavado de activos el supuesto de auto blanqueo, sino que mediaban interpretaciones erróneas de la norma en cuestión: Ley número veintisiete mil setecientos sesenta y cinco; que, de otro lado, no se expresaron las razones para amparar la excepción de naturaleza de acción respecto a Fortunato Lagos Lizarbe y Diego Armando Choque Lizarbe. Que los encausados Fortunato Lagos Lizarbe, Lizarbe Sulca, Choque Gómez, Luis Lagos Lizarbe, Ortiz Ochoa y Choque Lizarbe poseían cuentas bancarias: Ortiz Ochoa registraba cuentas bancarias desde el año dos mil hasta el dos mil ocho, mientras que Luis Lagos Lizarbe desde mil novecientos noventa y nueve hasta dos mil seis; de igual manera, los otros procesados también registran depósitos bancarios —no se tomó en cuenta que las pericias, culminadas cuando culminaron los interrogatorios, así lo demostraron—; que Ortiz Ochoa, Ercila Lizarbe Sulca y Mariluz Choque Gómez (conviviente, madre y media hermana de Luis Lagos Lizarbe) adquirieron diversos vehículos —entre dos mil cinco y dos mil seis—.

Que los procesados Vidalón Orellano. Rosa Clara Vera Meneses, Vidalón Cárdenas y Alejandro Vera Meneses registran depósitos bancarios —extremo fáctico que se pretendió introducir a través de una acusación complementaria pero no fue aceptado por el Tribunal Superior—.

En el segundo extremo, en lo concerniente a las absoluciones, apunta lo siguiente:

1. Jara Benites, Saldaña León, Jara Villaorduña, Jara Polo y Benites Storck de Jara: El primero no dio una explicación razonable del dinero que sirvió para la adquisición del vehículo de placa SOT guión novecientos cuarenta y uno; que el dinero para fundar un negocio de panadería se lo proporcionó su padre y no justificó el capital para el negocio de compra y venta de autos; que sus actividades no eran compatibles con los gastos que tenía que efectuar para mantener a su familia; que realizó operaciones extrañas a las prácticas ordinarias. Saldaña León no brindó una explicación razonable de los motivos por los cuales a los pocos meses vendió el vehículo que le habían transferido, más si mencionó que adquirió el auto para trasladar a su familia. Existe una pericia contable que revela el desbalance patrimonial de los citados imputados. El auto se vendió a Dioses Mendoza por veinte mil seiscientos cincuenta soles, siendo que Jara Benites lo adquirió a tres mil dólares americanos.
2. García Buntică: Incurrió en contradicciones respecto a la procedencia del dinero con el que compró el vehículo de placa de rodaje número AQH guión seiscientos veintidós. Recibió dinero del narcotráfico para su manutención y de sus hijos, y no existe prueba que realizó asesoramiento a empresas privadas. La pericia da cuenta que no registró ingresos entre dos mil y dos mil nueve, pero efectuó transferencias a Colombia por veintiún mil trescientos cuarenta y uno punto noventa y ocho dólares americanos. La finalidad de los sucesivos actos de transferencia del auto era evitar el conocimiento del origen delictivo del coche e imposibilitar su incautación y decomiso.
3. Nelly de la Cruz Jones: No brindó una versión uniforme sobre el dinero con el que construyó un inmueble en el Asentamiento Humano Casa Muertas. primero dijo que el dinero lo obtuvo por actividad informales, pero en el acto oral señaló que su yerno Pitta Silver se encargó económicamente de la construcción del segundo y tercer piso, cuya versión no es convincente pues no justificó sus ingresos económicos. Ella se hizo cargo de la construcción, pero sin acreditar sus ingresos. Siguió manteniendo una relación con Rolando Velasco Heysen. La pericia contable así lo establece.

SEGUNDO: Que la procuradora pública del Estado en su recurso formalizado de fojas veintidós mil trescientos cinco, de cinco de mayo del dos

mil catorce, solicita la reforma y desestimación de las excepciones amparadas por el Tribunal, la anulación del extremo absolutorio de la referida sentencia y se aumente el monto de la reparación civil.

Aduce, respecto de las excepciones, que el delito fuente no constituye un elemento configurativo del delito de lavado de activos pues es un delito autónomo y solo basta la vinculación del objeto del delito de lavado con el delito fuente, que se plasma en indicios razonables. De otro lado, está acreditado que el encausado Alejandro Lagos Lizarbe está vinculado a actividades relacionadas con el tráfico ilícito de drogas, pues a lo largo del proceso mencionó la orden de captura a nivel nacional por el Juzgado Penal de Huaraz del catorce de julio de mil novecientos noventa y tres. La absolución de Fernando Jara Benites, Pedro Jara Polo, Fulvia Benites Storck, Bertha Jara Villorduña y Saldaña León se sustentó en sus versiones exculpatorias, sin tomar en consideración las pericias contables que concluyen por la existencia de un desbalance patrimonial. La absolución de García Buriticá no tomó en cuenta la pericia contable, el monto de veintiún mil trescientos cuarenta y uno punto noventa y ocho dólares americanos son actos de conversión y transferencias, que constituyen conductas continuadas. La absolución de Velasco Fleysen y De la Cruz Jones no tuvo en cuenta que no existe prueba que acredite que los ochenta mil dólares americanos que recibió el PRIMERO se agotó en el almacenamiento y acondicionamiento de la droga incautada en Piura; por contrario, se estableció que ambos encausados construyeron la vivienda en Casa Huertas y adquirieron un vehículo de placa de rodaje número BGG guión ciento setenta y nueve. Por último, la reparación debió ser de un millón de soles, sin perjuicio de reponer el valor del desbalance patrimonial por la suma cinco millones noventa y siete mil quinientos setenta y cinco punto catorce soles, tal como lo estableció la propia Sala Penal.

TERCERO: Que el encausado Velasco Heysen en su recurso formalizado de fojas veintidós mil doscientos cuarenta y cuatro, del dos de mayo del dos mil catorce, insta la absolución de los cargos. Alega que se interpretó incorrectamente los abonos del Banco República; que en cuanto a los abonos en dólares por ciento setenta y tres mil cero cuarenta punto cuarenta y tres dólares americanos por el Interbank y cincuenta y cuatro mil quinientos cuarenta y siete mil dólares americanos por el Banco Continental, debe entenderse que ese último monto fue una transferencia producto de una intermediación bancaria, por lo que la última cantidad no se puede adicionar; que los montos procedentes de China son de una empresa transnacional no vinculada al tráfico ilícito de drogas que no se ha tomado en cuenta la actividad pesquera que realizaba; que no se dio

valor a la declaración de Montañez Guzmán y se distorsionó su contenido; que existe abundante documentación que revela que trabajó en el taller y en la Municipalidad; que, en atención a la informalidad existente en el Perú, debe estimarse acreditado que se dedicaba al alquiler de frigoríficos, tanto más sí existen fotos y reportes periodísticos que dan cuenta de esa actividad que llevaba a cabo; que no hay prueba que afirme que las supuestas empresas de fachada están registradas a su nombre; que no está probado que compró un terreno en Catacaos; que se agregó ingresos irregulares por diez mil dólares americanos porque a nivel policial le sustrajeron sus tarjetas de crédito.

CUARTO: Que el encausado Yataco Madueño en su recurso formalizado de fojas veintidós mil doscientos cincuenta y cinco, del dos de mayo del dos mil catorce, pide la absolución de los cargos. Invoca que hizo un favor a los tíos de su ex pareja Silvana, Gloria y Esteban Ramírez Coz, pero no sabía la procedencia del dinero: cuatrocientos doce mil setecientos dólares americanos; que esas personas no declararon en el acto oral, por lo que no existe prueba en su contra; que la Sala no ha precisado si actuó como autor, coautor o cómplice; que no se han tomado estados de cuentas bancarias, documentos de retención impositiva, estado de cuenta de abono de CTS, estado de cuenta por pago de haber y otros, que acreditan que tenía ingresos lícitos; que el dinero con el que adquirió los inmuebles era de Esteban Ramírez Coz y no sabía del origen del dinero.

QUINTO: Que la encausada Dora Marcela Ramírez Coz en su recurso formalizado de fojas veintidós mil doscientos setenta, del dos de mayo del dos mil catorce, postula la absolución de los cargos. Expone que no se realizó un correcto examen de la pericia contable de parte, que determinó que los ingresos con su esposo Aliaga Carhuanchor en los períodos mil novecientos noventa y tres guión dos mil siete en relación a los egresos dan un saldo favorable de ciento cuarenta y cinco mil veintiún soles; que las conclusiones del dictamen pericial contable oficial son erradas y no tienen sustento técnico, al igual que la pericia pericial contable financiera pues no tomaron en cuenta varios documentos ni consideraron ingresos por trescientos setenta y dos mil quinientos treinta y uno punto setenta y seis soles; que no se tomó en consideración los préstamos informales que realizaba; que se acreditó el origen lícito de noventa mil dólares americanos por la pericia de parte; que si el delito atribuido a su hermano Esteban Ramírez Coz fue en [el] dos mil siete y las compras de inmuebles acaecieron en [el] dos mil cuatro, entonces, no existe delito previo.

2. DE LA EXCEPCIÓN DE NATURALEZA DE ACCIÓN

SEXTO: Que los argumentos del Tribunal Superior para estimar la excepción de naturaleza de acción por el delito de lavado de activos son los siguientes:

1. Luis Alejandro Lagos Lizarbe fue absuelto por el delito de tráfico ilícito de drogas, por lo que no existiría delito fuente y, tampoco, delito de lavado de activos. El dinero o bienes cuestionados debe tener un origen ilícito, lo que no es de recibo en este caso porque el imputado fue absuelto. Además, los hechos imputados como delito previo datan del veintiuno de octubre del dos mil siete —no de otras fechas—, y la acusación no menciona datos y circunstancias de la intervención en el delito de tráfico ilícito de drogas. Las requisitorias por tráfico ilícito de drogas están referidas al año mil novecientos noventa y tres, pero los actos de conversión habrían ocurrido entre mil novecientos noventa y cinco y el veintidós de julio del dos mil siete, por lo que resultan atípicos: bajo la vigencia del artículo doscientos noventa y seis guión A del Código Penal aún no se había aceptado, doctrinaria y jurisprudencialmente el 'auto-lavado'. Sobre la transferencia del inmueble ubicado en la calle Hera número doscientos seis y el vehículo de placa de rodaje número BGS guión ochocientos cuarenta y dos se realizaron entre el dos mil cuatro y el dos mil siete, siendo más próximos al delito fuente de tráfico ilícito de drogas del veintiuno de octubre del dos mil siete, del cual se generó un proceso en el que Lagos Lizarbe fue absuelto.

2. Lizarbe Sulca, Choque Gómez y Ortiz Ochoa no estaban en condiciones de conocer o sospechar el origen delictivo de los activos de mil novecientos noventa y cinco al dos mil. La fiscalía no explicó cómo se llevó a cabo ese conocimiento o sospecha, ni siquiera tiene claro los hechos, luego, falta la tipicidad subjetiva del hecho imputado. Tampoco se cumple el elemento objetivo del tipo legal porque se absolvió del delito de tráfico ilícito de drogas a Luis Alejandro Lagos Lizarbe.

3. No se mencionan argumentos específicos respecto de Fortunato Lagos Lizarbe y Diego Armando Choque Lizarbe. En relación a Vidalón Orellana, Vera Meneses. 4. Vidalón Cárdenas y Vera Meneses, como se absolvió del delito de tráfico ilícito de drogas a Luis Alejandro Lagos Lizarbe no existe delito de lavado de activos.

SÉTIMO: Que el señor fiscal supremo, sobre este punto, acotó que las transacciones atribuidas a los encausados antes mencionados son atípicas por ausencia del elemento objetivo al haberse absuelto al agente por delito de tráfico de drogas (delito fuente). La acusación se centra en la incautación de droga el día veintiuno de octubre del dos mil siete, causa en la cual se absolvió a Luis Alejandro Lagos Lizarbe. No es posible asegurar que sus bienes los adquirió con dinero ilícito que trata de ocultar. Además, las circunstancias de las transacciones realizadas no se podrían calificar como irregulares desde una perspectiva financiera y comercial. Estas no indican en el fondo la intención de ocultar o encubrir objetos materiales del delito.

OCTAVO: Que ahora bien la excepción de naturaleza de acción, como es línea jurisprudencial constante de este Supremo Tribunal, se circunscribe, desde la acusación fiscal, que define el objeto procesal, a que el hecho acusado no es típico, no es antijurídico o no es punible —ausencia de una condición objetiva de punibilidad o presencia de una causa personal de exclusión de pena o excusa absolutoria—.

Esta ausencia de objeto se define desde los términos de la propia acusación, sin que sea posible negar —total o parcialmente—, variar o recortar los cargos, en suma, cuestionar de algún modo la realidad de los hechos acusados. El imputado se limita, en esta específica posición respecto de la acusación, dado los hechos que se le atribuyen, a controvertir su relevancia jurídico penal en cualquiera de los tres ámbitos anteriormente establecidos. La presencia de un dato adicional, distinto o alternativo, así como la desestimación de algún dato fáctico enunciado en la acusación, enervando de este modo la relevancia delictiva del hecho, en todo caso, dará lugar a una sentencia absolutoria, pero no a la estimación de la excepción de naturaleza de acción.

NOVENO: Que el delito de lavado de activos tiene larga data en nuestro ordenamiento punitivo y, en lo esencial, en su historia legislativa solo ha variado esencialmente su objeto material. La criminalización del lavado de activos se inició con el Decreto Ley número veinticinco mil cuatrocientos veintiocho, del once de abril de mil novecientos noventa y dos, que se circunscribió como actividad delictiva previa al delito de tráfico ilícito de drogas; y, luego, prosiguió con la Ley número veintisiete mil setecientos sesenta y cinco, de veintisiete de junio de dos mil dos —a partir del cual amplió el ámbito de las actividades delictivas precedentes—; a continuación, con el Decreto Legislativo número novecientos ochenta y seis, del veintidós de julio del dos mil siete; después, con el Decreto Legislativo número mil ciento seis, del diecinueve de abril del dos mil doce; y,

finalmente, con el Decreto Legislativo número mil doscientos cuarenta y nueve, del veintiséis de noviembre del dos mil dieciséis —modificatorio parcial de la norma anterior—.

En el presente caso se atribuyen actos de lavado ele activos —de una precedente actividad de tráfico ilícito de drogas— que ocurrieron con anterioridad, mayormente desde marzo de mil novecientos noventa y cinco hasta mayo del dos mil ocho. Como cuadro fáctico antecedente la acusación fiscal hace mención a la actividad de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas que fue intervenida por la Policía y la Fiscalía en dos oportunidades: **a)** en abril del dos mil cinco, y **b)** en octubre del dos mil siete: el total de droga incautada en ambas ocasiones alcanzó un aproximado de mil ochocientos kilogramos de clorhidrato de cocaína. Además, respecto del encausado Luis Alejandro Lagos Lizarbe, se mencionó su involucración en actividades de tráfico ilícito de drogas desde antes del año mil novecientos noventa y tres y con requisitorias por los Juzgados Penales de Huaraz y Huacho, incluso fue detenido y procesado en Chile el seis de junio del dos mil tres por esa misma actividad delictiva.

DECIMO: Que, en lo pertinente, el delito de lavado de activos, más allá de las variaciones registradas en el curso de la evolución legislativa nacional, tiene las siguientes notas características.

1. Es considerado, en principio, (i) un delito común, pues puede cometerlo cualquier persona, incluso el autor o partícipe del delito precedente —esto último se asume como opinión doctrinaria mayoritaria y radica en el objetivo político criminal de la persecución de estos delitos—. También es calificado como (ii) un delito autónomo de aquél al que se vinculan los activos objeto de la actividad específicamente tipificada en los artículos y normas indicados en el primer párrafo del fundamento jurídico noveno. De otro lado, (iii) no requiere por ello que el delito de referencia haya sido objeto de enjuiciamiento previo y sanción penal —no se exige siquiera una condena por la actividad delictiva antecedente, pues la sentencia absolutoria sobre el delito previo puede serlo por razones distintas a la inexistencia de la actividad delictiva [HURTADO ADRIÁN, Blanqueo de capitales, 2010, p. 253] —. (iv) Además, resulta indiferente que el autor de ese delito sea el mismo al que se imputa el lavado u otro —se rechaza, desde ya, la doctrina de los actos copenados o de la vulneración del non bis in ídem, lo que incluso cuenta con el apoyo de diversas directivas y recomendaciones internacionales—. Debe quedar claro que el hecho

de que, el curso de su evolución legislativa, se consagró una referencia normativa específica al auto-lavado, en modo alguno cambia la propia lógica de la criminalización de las conductas de lavado de activo y, por ende, no importa o entraña la aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable (Conforme: Sentencia del Tribunal Supremo de España —en adelante, STSE— número novecientos setenta y dos oblicua dos mil doce, del cinco de diciembre).

2. Tiene como conductas que integran la tipicidad objetiva:

   (i) Los actos de conversión y transferencia, que importan, de un lado, todas las formas posibles de colocación o movilización primaria de dinero líquido, efectos u otra clase de bienes y ganancias de origen delictivo —es el objeto material del delito, que comprende el efectivo generado ilícitamente, los bienes adquiridos con él, y las sucesivas transformaciones que se dieron en estos a través de diversos negocios jurídicos—, así como, de otro lado, las operaciones posteriores a la etapa de colocación y que corresponden a la fase de intercalación o estratificación.

   (ii) Los actos de ocultamiento y tenencia, que representan la fase final del proceso del lavado de activos, es la etapa de integración, tiene lugar una vez que los activos han adquirido una ficticia apariencia de legalidad, y comporta siete verbos típicos.

   (iii) Los actos de transporte y traslado de dinero o títulos valores de origen delictivo, que se refieren al desplazamiento físico de dinero o títulos valores como modalidad específica de operaciones de lavado de activos [PRADO, Criminalidad organizada- Parte especial, 2016, pp. 260 y ss.].

3. Integra la tipicidad el origen ilícito o la conexión directa o derivada de actividades criminales de los activos, esto es, dinero, bienes, efectos o ganancias. Tales activos, constituyen, en el delito de lavado de activos, un elemento normativo del tipo, siendo de aclarar que en pureza elemento típico no es el delito previo sino el origen criminal o la procedencia delictiva de los activos lavados —el tipo penal de lavado de activos no sanciona un acto generador de activos y el posterior proceso de lavado de esos activos; lo único que castiga es el acto de lavado— [GARCÍA CAVERO, Derecho penal económico — Parte especial, vol. I, dos mil quince, p. quinientos setenta y seis]. Tal

actividad delictiva, en cuanto conducta típica y antijurídica (injusto penal, no injusto culpable) —no es necesario que concurra también la culpabilidad del agente (STSE del veintisiete de julio del dos mil quince] —, está referida a delitos con capacidad de generar ganancias ilegales, con excepción de los actos de captación —en esta causa, el delito de tráfico ilícito de drogas—, legalmente sancionados cuando produce el acto de lavado de activos. La relación entre la actividad delictiva precedente que dispensa el objeto material y el delito de lavado de activos, no puede ser otra que una de imputación objetiva [CARO/REYNA/REÁTEGUI, Derecho penal económico, t. II, 2016, p. 663].

La acreditación de la procedencia delictiva de los activos lavados debe confirmarse —indistintamente con prueba directa y/o con prueba indiciaría, ambas en plano de igualdad; aunque la última, que no es por ello más insegura ni subsidiaria (STSE trecientos treinta y tres/ dos mil cinco, del diecinueve de enero), es la más común en estos casos- en la causa incoada por delito de lavado de activos. Debe probarse algún vínculo o conexión con actividades delictivas graves [...] o con personas o grupos relacionados con ese delito (Acuerdo Plenario número tres guión dos mil diez oblicua CJ guión ciento dieciséis, del dieciséis de noviembre del dos mil diez, fundamento jurídico treinta y cinco).

Es obvio que no hace falta la existencia de una sentencia previa que haya declarado el delito precedente, pues de lo contrario no sería posible en la mayoría de los casos aplicar el tipo de lavado de activos —son razones de política criminal las que autorizan a entender de esta forma el alcance del referido elemento normativo del tipo (STSE del veintisiete de julio del dos mil quince) —. Ello, naturalmente, no significa que la actividad delictiva precedente pueda quedar al margen de la actividad probatoria. Solo se requiere (i) que tal situación se acredite en sus aspectos sustanciales, que permitan delinear el carácter delictivo de la misma; y (ii) que la prueba de tal situación delictiva del activo maculado en cuestión debe equipararse a los estándares racionales de la acreditación delictiva en general. No es de admitir, en atención a la garantía de presunción de inocencia, niveles distintos de patrones probatorios o estándares de prueba entre los diversos elementos objetivos y subjetivos del tipo legal, en especial del origen

criminal o de la procedencia delictiva de dinero, bienes, efectos o ganancias.

Lo realmente exigido es la acreditación necesaria —como elevada probabilidad objetiva— de que los bienes, inicialmente ***bajo sospecha simple*** —que es lo que se precisa para la legitimidad de la investigación preparatoria en fase preliminar — y, luego, ***bajo sospecha suficiente*** —en que, a nivel de prognosis, se requiere que la condena resulte probable (probabilidad de condena), y que a su vez justifica la acusación y el auto de enjuiciamiento—, tuvieron su origen en una actividad delictiva previa. Para impedir que la utilización de la prueba indiciaría, como instrumento para acreditar el origen delictivo de los activos, pueda vulnerar la presunción de inocencia será necesario que se exijan los mismos requisitos, que con carácter general, se reclaman cuando se utiliza la prueba indiciaría para demostrar la existencia de un hecho constitutivo de una infracción penal.

Así, se requiere:

(i) Que concurran una pluralidad de indicios o de uno solo de especial significación —lo que dependerá de las circunstancias del caso concreto— (v.gr.: la titularidad del activo cuestionado tiene un patrimonio que no se corresponde con sus ingresos legales, o que el activo entre en su dominio durante el período de tiempo en que existían elementos de juicio de que el autor del delito precedente se dedicaba a una actividad delictiva, o que no existan ingresos que justifiquen la adquisición o tenencia lícita del activo por no constar que haya realizado una actividad productiva lícita, o que se descubran depósitos en cuentas bancarias irrazonables).

(ii) Que los indicios estén probados.

(iii) Que exista un enlace preciso entre los indicios y el hecho presunto (origen ilícito) —se dará cuando probado los indicios, por medio de un juicio inductivo conforme a las máximas de la experiencia y las reglas de la lógica se concluye de que, en efecto, los activos proceden de una actividad delictiva anterior, o como dice la STSE seiscientos dos oblicua dos mil siete, de cuatro de julio, "consiste en que los hechos-base o indicios no permitan otras inferencias contrarias igualmente válidas epistemológicamente"—.

(iv) Que no existan contraindicios —ausencia de algún tipo de medio de prueba sólida que acredita que los bienes provienen de una actividad lícita—.

(v) Que no consten explicaciones alternativas plausibles —una explicación inverosímil no pone en crisis la solidez de las pruebas de cargo, una plausible con base en los materiales recogidos sí lo hace: generan una situación de incertidumbre— [PÉREZ CEBADERA, Decomiso ampliado: a vueltas con la prueba del origen del patrimonio, 2015, pp. 418 y ss.].

4. La tipicidad subjetiva consta de dos elementos.

Primero, exige el dolo, directo o eventual. No hace falta que el agente conozca, concretamente, el delito precedente, del cual aquellos productos o ganancias se originaron —el autor debe reconocer que los activos proceden, en general, de una actuación delictiva—, ni tampoco cuándo fue cometido, ni mucho quiénes intervinieron en su realización. Basta la conciencia de la anormalidad de la operación que se ha de realizar y la razonable inferencia de que procede de una actividad delictiva que genere ganancias ilegales. No se requiere, igualmente, que el agente conozca de la situación procesal actual o definitiva del delito fuente, "ni el conocimiento de un delito en particular o el conocimiento exacto del hecho previo" [ABEL SOUTO, El blanqueo de dinero, 2015, p. 115]. Segundo, incorpora un elemento subjetivo especial —es un tipo legal de tendencia interna trascendente—: evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, esto es, asegurar la ganancia delictivamente generada. No se requiere se logre ese objetivo ni que el autor actúe con ánimo de lucro. La ignorancia, el error o la buena fe sobre el origen delictivo de los bienes, niegan el elemento subjetivo, al igual que los casos de negocios estándar o neutrales [PRADO, Obra citada, pp. 292 y ss.].

5. Queda claro finalmente, que la decisión judicial penal ha de estar fundada en la verdad, atendida como coincidencia con la realidad —deben darse por establecidos tocios los elementos del tipo legal: objetivos y subjetivos, y en un mismo nivel—. El juez debe observar los estándares mínimos de la argumentación racional. Él está sujeto a las leyes de la lógica. Sus explicaciones deben estar libres de

contradicciones. Enunciados de la experiencia inexistentes no pueden servir de base a sus conclusiones. Estas deben tener un fundamento objetivo [VOLKS, Curso Fundamental de derecho procesal penal, 2016, pp. 380- 382].

DECIMO PRIMERO: Que, desde lo expuesto en los fundamentos anteriores, se tiene que el fiscal afirmó la procedencia delictiva del dinero utilizado por los imputados favorecidos por la excepción de naturaleza de acción —derivado de actividades de tráfico ilícito de drogas—, el mismo que sirvió para diversas adquisiciones de bienes, actividades de construcción de viviendas, operaciones bancarias o actos de comercio.

El encausado Lagos Lizarbe, quien habría entregado dinero ilícito a nueve de sus coencausados, desde el año mil novecientos noventa y tres registra procedimientos penales y requisitorias, todas por delito de tráfico ilícito de drogas —en Huaraz, Huacho, Tacna, Piura (su conocimiento pasó a la Sala Penal Nacional), incluso en Chile—. Él permanentemente ha estado buscado por la policía, por eso inclusive huyó al extranjero, y sistemáticamente se le asoció con hechos graves de tráfico ilícito de drogas. Es evidente que tal situación le impedía realizar actividades lícitas con entidad suficiente para aportar dinero a TERCEROs (la pericia contable reformulada número cero dos guión dos mil doce guión PPEE oblicua LA oblicua FT oblicua SPN guión PJ de fojas veinte mil seiscientos treinta, en esa perspectiva, establece que registra un desbalance patrimonial de quinientos noventa y cinco mil cuatrocientos noventa y ocho punto setenta y tres soles y ciento setenta y siete mil quinientos veintisiete cero siete dólares americanos) —la última causa, del dos mil siete, dio lugar a que se le detenga posteriormente en dos mil nueve, como se evidencia del oficio de fojas siete mil novecientos setenta y nueve cursado por el INPE del cinco de noviembre del dos mil nueve, previa requisitoria desde ese año dos mil siete—; además, no se sabe qué sucedió con la causa en Chile y con lo acontecido en relación a las requisitorias procedente de los órganos judiciales de Huacho y Huaraz —hechos que se deben esclarecer en el acto oral—. Luego, no se puede sostener con firmeza —lo que es un problema probatorio, ajeno a la excepción analizada— que los montos aportados, entregados o recibos, según el caso, no proceden una actividad criminal asociada al tráfico ilícito de drogas, a partir de la sola absolución por uno de los delitos atribuidos. Por lo demás, la sentencia absolutoria por el último delito de tráfico ilícito de drogas, por UN transporte de clorhidrato de cocaína decomisado el veintiuno de noviembre del dos mil siete, proceso en el que fue capturado en

mayo del dos mil diez, merece un análisis más profundo en orden a la influencia de ese fallo con relación al delito de lavado activos, es decir, si de alguna manera se presentaría lo que un sector de la doctrina procesalista denomina "cosa juzgada refleja" —eficacia de la cosa juzgada refleja en otro juicio penal— que diría de la relación que puede existir entre el delito precedente y el delito de lavado de activos (así, por ejemplo, en la doctrina procesalista penal: CARNELUTTI, DE LA OLIVA, GIMENO SENDRA, etcétera). Por otro lado, debe tenerse en cuenta la propia vinculación del encausado con personas que sí han sido condenadas por delito de tráfico ilícito de drogas. Siendo así, el recurso acusatorio debe estimarse y así se declara. No es procedente, en ningún caso, la excepción de naturaleza de acción.

3. DEL EXTREMO ABSOLUTORIO DE LA SENTENCIA DE INSTANCIA

DECIMO SEGUNDO: Que, en lo referente al encausado Velasco Heysen, la absolución se circunscribe al aporte de ochenta mil dólares americanos que fue entregada a su conviviente Nelly de la Cruz Jones por intermedio de Esquivel García, dinero que habría servido para que esta última lo invierta en la construcción de tres pisos de una vivienda de su propiedad, ubicada en el jirón Domingo Martínez Luján número cuatrocientos noventa y dos - Surquillo. Es de tener presente que el imputado Velasco Heysen ha sido condenado por integrar una organización delictiva dedicada al tráfico ilícito de drogas, a raíz de un cargamento decomisado de aproximadamente setecientos noventa kilogramos de clorhidrato de cocaína, organización que, antes, en [el] dos mil cinco estuvo involucrado en similar cargamento de mil kilogramos de clorhidrato de cocaína. Las vicisitudes de esa integración delictiva, según se destaca, es que dicho encausado asumió un rol —aunque este en una organización delictiva es intercambiable o variable—, que consistía en intervenir en el ámbito de empresas de fachada que permitieran configurar exportaciones con una apariencia de legalidad: productos hidrobiológicos por ejemplo, para lo cual recibía dinero de la organización, sin perjuicio por cierto tener dinero ilícito como consecuencia de esa actividad delictiva.

Se afirma que dicho encausado derivó ochenta mil dólares americanos que fueron entregados a su ex conviviente De la Cruz Jones, dinero que sirvió para la construcción de varios pisos del inmueble de esta última. Acerca de ese dinero y de su entrega a De la Cruz Jones, en el proceso penal por delito de tráfico ilícito de drogas se estableció que Esquivel García, por encargo de Velasco Heysen, lo

desembolsó a la indicada De la Cruz Jones. Tal hecho ha sido declarado probado —el encausado Esquivel García fue condenado por delito de tráfico ilícito de drogas por su adscripción a esa organización criminal y el desempeño de tareas concretas en la ejecución del delito en mención— y, por tanto, no es posible negarlo como alude en su declaración plenarial de fojas diecisiete mil trescientos cuarenta y nueve —es el efecto o eficacia "ultra rem" de la cosa juzgada penal en el (otro) juicio penal—. Así las cosas, queda reforzado este dato fundamental, primero, con el resultado final de las pericias contables realizadas a Velasco Heysen que establecen, más allá de reformulaciones y diferencias de montos, que este registra un desbalance patrimonial por ingresos lícitos; y, segundo, con similares pericias realizadas a la encausada De la Cruz Jones, que también arrojaron desbalance patrimonial por ingresos lícitos.

DECIMO TERCERO: Que, en lo atinente a la encausada DE LA CRUZ JONES, se tiene que declaró que está separada de Velasco Heysen desde tiempo atrás y que no recibió dinero de este último [declaración plenarial de fojas quince mil ciento dos]. Empero, no brindó una versión uniforme sobre el origen del dinero con el que construyó parte del inmueble cuestionado. Inicialmcnte dijo que lo obtuvo por actividades informales [instructiva de fojas once mil novecientos .veintidós], luego en el juicio oral acotó que su yerno Pitta Silver aportó dinero suyo con esa finalidad —antes no dijo eso—.

No existe duda acerca de la entrega de ochenta mil dólares por parte de Velasco Heysen, luego, la versión de la pérdida de todo contacto con la separación alegada carece de sustento. Tampoco existe duda de que ella, en sí misma, no tenía ingresos propios legítimos, para pagar la construcción que realizó.

El hecho de no haber tenido una versión uniforme acerca de cómo pudo conseguir dinero para financiar la construcción cuestionada, unido a que no existen pruebas del aporte de su yerno, revelan la realidad de un aporte de dinero procedente del narcotráfico.

En conclusión, el recurso acusatorio respecto de ambos acusados por los referidos cargos debe estimarse y así se declara. Es de aplicación el artículo 301 in fine del Código de Procedimientos Penales.

No es de aceptar el cargo por la adquisición del vehículo de placa de rodaje BGG guión ciento setenta y nueve, puesto que es ajena a esa transacción. Se le incluyó en el acta de transferencia porque sería cónyuge de Velasco Heysen, lo que se demostró no es así —fue solo su conviviente—. La partida de matrimonio de fojas veinte mil cuatrocientos cuarenta y cinco es definitiva al respecto. Asimismo,

el acta de transferencia legalizada de fojas doce mil trescientos seis no fue firmada por ella.

DECIMO CUARTO: Que, en lo concerniente a los imputados Fernando Jara Benites, Pedro Jara Polo, Fulvia Benites Storck de Jara, Humberto Gonzalo Saldaña León y Bertha Jacoba Jara Villaorduña, se tiene lo siguiente:

1. El acusado Jara Benites fue condenado por delito de tráfico ilícito de drogas por integrar la organización criminal dedicada al indicado delito luego de haber sido descubierta en octubre de dos mil siete con un transporte de setecientos ochenta y nueve mil ochocientos treinta y siete punto cero cero kilogramos de clorhidrato de cocaína. Según la sentencia, era el encargado del transporte, seguridad y entrega de la droga del VRAEM a Piura.

2. Dicho encausado está vinculado al líder y financista, el encausado ausente Esteban Rosenberg Ramírez Coz. Además, el veintinueve de agosto del dos mil siete —fecha compatible con su actividad de tráfico ilícito de drogas— adquirió en tres mil dólares americanos el vehículo de placa de rodaje SOT guión novecientos cuarenta y uno. Ese vehículo, luego de tres meses, el tres de diciembre de dos mil siete lo transfirió a sus padres, encausados Pedro Jara Polo y Fulvia Benites Storck de Jara, quienes a los quince días, el dieciséis de enero del dos mil ocho lo vendieron a sus parientes Humberto Gonzalo Saldaña León y Bertha Jacoba Jara Villaorduña. el cual a su vez se vendió ocho meses después, el veinticinco de setiembre del dos mil ocho, en veinte mil seiscientos cincuenta soles a Milagros Dioses Mendoza.

3. Ese vínculo de parentesco, la actividad de tráfico ilícito de drogas de Jara Benites y su lógica vinculación con el líder de la organización delictiva, la ausencia de negocios lícitos —limpios de toda vinculación con el tráfico ilícito de drogas, actividad de suyo generadora de activos ilícitos—, y la acreditación pericial de desbalance patrimonial por ingresos lícitos de todos ellos [pericia contable reformulada de fojas veinte mil seiscientos treinta], constituyen indicios plurales y convergentes del hecho delictivo en cuestión.

4. Se trata, finalmente, de indicios graves y concordantes entre sí de que la adquisición y sucesivas transferencias del vehículo, para venderlo finalmente a un tercero a un precio muy superior al que se dijo

adquirido —lo que, por lo demás, pone en cuestión el valor inicial de compra—, y revela una clara conducta de lavado y una intencionalidad de ocultar su origen delictivo. No existe una explicación plausible en contrario ni medios de prueba —contraindicios— solidos que apunten a un enlace distinto. En tal virtud, el recurso acusatorio respecto de los cinco acusados por los referidos cargos debe estimarse y así se declara. Es de aplicación el artículo 301 in fine del Código de Procedimientos Penales.

DECIMO QUINTO: Que, en lo que respecta a la encausada GARCÍA BURITICÁ, de nacionalidad colombiana, es de destacar lo siguiente:

1. Fue condenada mediante sentencia conformada de fojas mil doscientos por sus actividades de tráfico ilícito de drogas con la organización criminal liderada por el encausado ausente Esteban Rosenberg Ramírez Coz.

2. El doce de diciembre del dos mil cinco —llegó a Perú en dos mil tres y con anterioridad, se vinculó a Ramírez Coz en ese país— adquirió de Carlos Javier Bustamanle Acuña por cinco mil novecientos dólares el vehículo de placa de rodaje AQH guión seiscientos veintidós, el cual luego —en diciembre del dos mil siete— fue vendido a su hermana Victoria Eugenia García Buriticá. También entregó, a mediados de dos mil siete, ochenta mil dólares a Esquivel García para su recepción por Velasco Heysen.

3. Su vinculación con un narcotraficante líder de una organización delictiva ha sido reconocida por ella misma en diversas actuaciones —su conocimiento de la actividad delictiva de Ramírez Coz lo admitió expresamente, según su declaración preliminar en la causa de tráfico ilícito de drogas de fojas catorce mil veinte— y, por ello, se sometió a la conformidad procesal, luego, no es del caso aceptar una ulterior retractación en sede plenarial en esta causa, sin duda con la finalidad de alejarse del delito de lavado de activos y no comprometer a terceros. Ante la condena y su inicial posición procesal, no puede aceptarse que no realizó actividad delictiva vinculada al tráfico ilícito de drogas y que el dinero entregado a Velasco Heysen nunca tuvo lugar.

4. Sostiene dicha encausada, respecto de la adquisición del vehículo, que lo obtuvo producto de un préstamo de su amiga Rosas Ramos Campos [declaración plenarial de fojas trece mil novecientos ochenta. En su

> declaración plenarial de fojas catorce mil trescientos treinta y cuatro ratificó que entregó dinero a Velasco Heysen], No hay prueba sólida de tal situación; la documentación que aportó no es contablemente sustentable. Además, las pericias contables son claras: arrojan, como conclusión, un desbalance patrimonial por ingresos ilícitos [véase, por ejemplo, la pericia contable reformulada de fojas veinte mil setecientos cuarenta y seis].

Se trata de una condenada por delito de tráfico ilícito de drogas, que realizaba actividades compatibles, funcionales y/o complementarias a la actuación delictiva del líder de la organización criminal Ramírez Coz desde [el] dos mil tres, y que en ese marco delictivo proporcionó dinero a Velasco Heysen y, además, sin la menor duda, como consecuencia de sus ingresos de procedencia delictiva, adquirió un vehículo, el cual, como luego se le sometió a investigación por tráfico ilícito de drogas, lo transfirió a su hermana Victoria Eugenia —dice la referida encausada, sin base probatoria, que lo vendió para pagar las exigencias delictivas de los policías: declaración plenarial de fojas catorce mil once, del veintisiete de agosto del dos mil doce—, es evidente que tal vehículo y los actos ulteriores de adquisición y subsecuente transferencia del mismo son propios del lavado de activos.

En consecuencia, el recurso acusatorio por los referidos cargos debe estimarse y así se declara. Es de aplicación el artículo 301 in fine del Código de Procedimientos Penales.

4. DEL EXTREMO CONDENATORIO DE LA SENTENCIA DE INSTANCIA

DECIMO SEXTO: Que, con relación a la encausada DORA MARCELA RAMÍREZ COZ, se tiene que es hermana del encausado Esteban Rosenberg Ramírez Coz, líder de la organización delictiva intervenida por la policía en [el] dos mil y dos mil siete, y de Gloria Ramírez Coz, vinculada a esa organización criminal; ambos con la causa reservada por haber huido de la acción de la justicia. El dieciséis de junio del dos mil cuatro dicha encausada adquirió dos viviendas y una cochera —las viviendas en cuarenta y tres mil dólares americanos cada una y la cochera en cuatro mil dólares americanos—, y vendió una vivienda el veintinueve de diciembre del dos mil seis a los esposos José Lorenzo Pinto Guillen y Carla Vanella Reátegui Amayo a sesenta y dos mil quinientos dólares [véase fojas seiscientos noventa y cinco, setecientos tres, setecientos treinta y dos, setecientos cuarenta y dos, setecientos cuarenta y siete y setecientos cincuenta y cuatro; y,

fojas siete mil trescientos cuarenta y seis guión setecientos cuarenta y uno, dos mil setecientos veinticinco, diez mil setecientos ochenta y dos, setecientos cuarenta y ocho, setecientos cincuenta y dos y dos mil setecientos veintiuno].

Dice la encausada que esos bienes los adquirió con su trabajo, mayormente como prestamista, y porque su esposo —quien es médico y con el que vivió desde mil novecientos noventa y ocho al dos mil cinco— mantenía el hogar. Este último, sin embargo, no aparece como copropietario, cuya explicación estriba en que tiene una hija extra matrimonial y varias amantes [declaración plenarial de fojas veintidós mil cincuenta y ocho]. La adquiriente de una de las viviendas señaló que el monto de la venta fue de cincuenta y nueve mil dólares americanos y que cuando entregó el cheque de gerencia estuvo presente la encausada Gloria Ramírez Coz, la cual conversó sobre el cheque con Dora Ramírez Coz [declaraciones de fojas seiscientos ochenta y cinco —con fiscal— y diez mil cuatrocientos quince].

Las pruebas periciales, en su conjunto, son claras en que su actividad económica lícita no permite la adquisición de esos inmuebles, aun cuando se considere a su esposo Aliaga Carhuanchot —cuya declaración no es mayormente relevante, quien apunta que ella le 'administraba' su sueldo [fojas cientos veintiocho y diez mil cuatrocientos veintiuno] — . La pericia reformulada es definitiva y ha sido correctamente explicada [ratificación pericial plenarial de fojas veintiún mil doscientos veintidós].

Tal conclusión pericial: véase fojas veinte mil quinientos sesenta y cinco —no se tiene constancia sólida de una actividad lícita que explique sus ingresos e inversiones — unido al vínculo con sus dos hermanos, relacionados con la actividad de tráfico ilícito de drogas, al punto que en la venta de un inmueble estuvo presente su hermana, la encausada Gloria Ramírez Coz revela que la única explicación a las adquisiciones es el dinero proporcionado por sus familiares, vinculados al tráfico ilícito de drogas.

Se indica que como los bienes se compraron antes del año dos mil cinco, fecha de la primera intervención policial con un cargamento de cerca de mil kilogramos de clorhidrato de cocaína, es decir, con anterioridad a junio de dos mil cuatro —pero posterior a la venta de uno de los predios—, no es posible estimar que existe actividad delictiva precedente. Empero, no puede circunscribirse la fecha de la actividad delictiva al momento de la intervención policial, y si se tiene en cuenta el nivel —cuantía y calidad— del transporte de droga y lo prolongado de las acciones de coordinación, incorporación de individuos a la red delictiva, determinación de las fuentes de abastecimiento y contactos, obtención y reunión

del capital y logística necesaria, así como fijación de rutas de transporte, lugar de colocación de la droga y vínculos con el exterior, es de entender que esa actividad tiene muchos años previos de concreción y que los principales líderes y los cuadros intermedios han tenido que tener experiencia previa en esos menesteres —a los escalones delictivos de una organización criminal no se arriba de improviso o automáticamente y, menos, sin una carrera delictiva y vínculos criminales que la explique—. El recurso defensivo, centrado en la cuestión de hecho, debe desestimarse y así se declara.

DECIMO SÉTIMO: Que, con respecto al encausado ENRIQUE JOSÉ YATACO MADUEÑO, se tiene que era conviviente de Silvana Milagros Veles de Villa Ramírez, sobrina de los tres encausados Ramírez Coz: Esteban, Gloria y Dora. Reconoció que a instancias de Esteban Ramírez Coz actuó como "fachada" en la adquisición de tres predios: el PRIMERO, el ocho de noviembre del dos mil cuatro: vivienda número ciento cuatro y el estacionamiento número ciento sesenta y cinco, del jirón Manuel Belgrano número ciento setenta y uno urbanización Fundo Cueva, Buenamuerte - Pueblo Libre, por cuarenta y seis mil dólares americanos, que luego, por intermedio de Gloria Ramírez Coz fue vendido por su esposo Javier Roger Raúl Vargas Herrera y Ángela Isabel San Miguel Vargas por cincuenta y nueve mil dólares americanos; el segundo, el día veinticinco de mayo del dos mil cinco: vivienda Estancia Emperatriz, Condominio Isla Cerdeña-San Pedro de Lurín por doscientos sesenta y cinco dólares americanos, luego vendido, el doce diciembre del dos mil siete, por solo setenta mil dólares americanos a Ricardo José Bautista Carranza; y, el tercero, el mismo día veinticinco de mayo del dos mil cinco: departamento número doscientos cinco y garaje número dos, del edificio Palermo, en Proyecto Residencial Islas de San PedroLurín por la suma de ciento tres mil setecientos mil dólares americanos, que luego fue vendido al encausado reservado Ricardo José Bautista Carranza a solo cincuenta mil dólares americanos el mismo día doce de diciembre del dos mil siete [fojas novecientos setenta y nueve, novecientos ochenta y siete, novecientos treinta y cinco, novecientos cincuenta y cinco, novecientos cuarenta y cinco y novecientos sesenta y cinco].

Las pericias acreditaron que no podía tener el dinero para adquirir esos muebles [fojas veinte mil ciento sesenta y veinte mil setecientos ocho]. Él declaró que actuó como propietario a instancias de Esteban Ramírez Coz, quien le dijo que como atravesaba un proceso de divorcio no podía la propiedad de dichos bienes con su esposa, por lo que le pidió los bienes figuraran a su nombre, lo que aceptó para congraciarse con su familiar; agregó que no mantuvo contacto

alguno con los compradores [fojas once mil doscientos noventa y siete, catorce mil setecientos cincuenta y uno, quince mil ochenta y cuatro y veintidós mil treinta y tres]. Según el acta de reconocimiento de fojas novecientos noventa y tres Esteban Ramírez Coz estuvo en las negociaciones de la adquisición de la Vivienda Estancia Emperatriz.

Es evidente, entonces, que quien aportó el dinero para estas adquisiciones, luego vendidas a un precio muy inferior —lo que ya es sintomático de su carácter ilegal—, es el reo ausente Esteban Ramírez Coz. Muchas viviendas intervenidas en esta causa están vinculadas entre sí, lo que, igualmente, permite destacar la presencia del dinero del narcotráfico correspondiente a Esteban Ramírez Coz. El desconocimiento de la actividad delictiva de este último por parte de Yataco Madueño es inaceptable. Tanto dinero transferido para adquirir propiedades, con quien se tenía un vínculo lejano, solo se explica por una relación de confianza cercana; y, además, la actividad que lo sustentaba, el tráfico ilícito de drogas, no podía ser desconocida a Yataco Madueño. Lo uno atrae a lo otro. Él estaba en condiciones de conocer lo mal habido del dinero y la actividad delictiva de su pariente político lejano; el conocimiento se le atribuye en razón a ese vínculo, a la cantidad de dinero proporcionada, y al hecho de que Ramírez Coz no tenía actividad empresarial lícita —lo que no podía ser ignorado, pues se dedicaba al tráfico ilícito de drogas.

El recurso defensivo, centrado en la cuestión de hecho, debe rechazarse y así se declara.

DECIMO OCTAVO: En cuanto a rolando Eugenio Velasco Heysen, él fue condenado por la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas por las actividades de tráfico ilícito de drogas perpetradas por la organización delictiva liderada por Esteban Ramírez Coz —se le impuso veinticinco años de pena privativa de libertad— [véase sentencia de instancia de fojas dieciséis mil setecientos noventa y seis y Ejecutoria Suprema de fojas veintiún mil novecientos setenta].

Dos son los cargos que se atribuyen: el primero, está referido al aporte de ochenta mil dólares americanos, que ya ha sido objeto de examen en base a una indebida absolución por ese hecho; y, el segundo, se circunscribe a que recibió y movilizó dinero en sus cuentas bancarias, a partir de mil novecientos a dos mil siete, de los bancos Interbank, República y Continental. Finalmente, la pericia reformulada número cero dos guión dos mil doce guión PPEE oblicua LA guión FT oblicua SPN guión PJ de fojas veinte mil seiscientos setenta y nueve fija el desbalance patrimonial en seiscientos ocho mil trescientos cincuenta y ocho punto noventa y ocho soles.

El error respecto a una duplicidad de una transferencia del Banco Interbank fue de los peritos del Ministerio Público [véase acta de fojas veintiún mil trescientos diecinueve], no así de los peritos oficiales: pero, pese a tal error, los peritos de la Fiscalía, por los montos movilizados, se ratifican en el desbalance patrimonial. Las operaciones que dice realizó carecen de sustento. Las actividades que expresa realizó no están justificadas con documentos contablemente sustentables; es claro que cada operación debe tener un sustento, lo que no consta en autos, como acotaron los peritos. La documentación financiera es la que sirvió de base a la peritación contable. Lo expuesto permite establecer fundadamente que no solo realizaba actos de tráfico ilícito de drogas sino que también esos ingresos ilícitos eran bancarizados y utilizados en su propio beneficio. El dinero obtenido delictivamente por diversos mecanismos lo incorporaba al sistema financiero. Está probado, pues, el delito de lavado de activos derivados del tráfico ilícito de drogas. El recurso defensivo, centrado en la cuestión de hecho, no puede prosperar y así se declara.

5. DE LAS PENAS IMPUESTAS Y DE LA REPARACIÓN CIVIL FIJADA

DECIMO NOVENO: Que el delito de lavado de activos se ha cometido durante la vigencia de las tres primeras normas con rango de ley. La última actividad delictiva se perpetró, en el caso de Ramírez Coz cuando regía la Ley número veintisiete mil setecientos sesenta y cinco, y en el caso de los demás imputados cuando regía Decreto Legislativo número novecientos ochenta y seis. Se ha impuesto penas privativas de libertad inferiores al mínimo legal de veinticinco años y al marco de días multa. Empero, tal situación no puede repararse por prohibirlo el principio de interdicción de la reforma peyorativa.

VIGÉSIMO: Que la fijación de la reparación civil se concreta en función al principio del daño causado, es decir, no solo de la entidad del injusto penal, sino de su propia proyección social y de los efectos lesivos que entraña. Es verdad que la Fiscalía solicitó ochocientos mil soles por concepto de reparación civil [fojas doce mil ciento siete, del dieciocho de agosto del dos mil once] y que la Procuraduría Pública alternativamente pidió un millón de soles [fojas doce mil setecientos ochenta y siete de veinticuatro de abril de dos mil doce], sin embargo el monto fijado por el Tribunal Superior es amparable teniendo en cuenta el monto del dinero y bienes blanqueados, así como las medidas de decomiso impuestas.

El recurso acusatorio no puede prosperar.

12. DELITOS CONTRA LA FE PÚBLICA

A. FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS EN GENERAL

145

§145. Configuración del delito de Falsedad documental

Casación	1121-2016-PUNO
Fecha	12 de julio de 2017
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Pariona Pastrana, Neyra Flores, Calderón Castillo, Sequeiros Vargas, Figueroa Navarro.
Disposiciones estudiadas	art. 49, art. 427 del CP
Fundamentos jurídicos vinculantes	10°, 12° y 13°.

RESUMEN:

La configuración del delito de falsificación de documentos no exige la materialización de un perjuicio, tan solo es necesario un perjuicio potencial e idóneo para generarlo.

La parte última del primer párrafo del artículo 49 del Código Penal establece una circunstancia agravante de la comisión de un delito continuado, que en doctrina se conoce como delito masa, para su configuración debe verificarse que el sujeto pasivo está compuesto por un conjunto de individuos que constituyen una colectividad, es decir, debe existir un número elevado de perjudicados para poder determinar la existencia de un delito masa.

FUNDAMENTOS:

IV. Del ámbito de la casación:

QUINTO: Ante la sentencia condenatoria emitida a nivel de segunda instancia, el recurrente, interpuso recurso de casación excepcional —fojas 190 del cuaderno de apelación— que fue declarado bien concedido por las causales 3 y 5 del artículo 429 del CPP, respecto a la errónea interpretación del artículo 49 del Código Penal —delito continuado y delito masa—; así como, la existencia de jurisprudencia disímil respecto al delito de falsificación en función al elemento objetivo del perjuicio. (Véase fundamento jurídico 7 y 8 de la ejecutoria suprema a fojas 66 del cuaderno de casación)

V. Considerandos jurídicos

A. El delito de falsificación —artículo 427 del Código Penal—

SEXTO: El delito de falsificación de documentos está regulado en nuestro ordenamiento de la siguiente forma:

"El que hace, en todo o en parte, un documento falso o adultera uno verdadero que pueda dar origen a derecho u obligación o servir para probar un hecho, con el propósito de utilizar el documento, será reprimido, si de su uso puede resultar algún perjuicio, con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de diez años y con treinta a noventa días-multa si se trata de un documento público, registro público, título auténtico o cualquier otro transmisible por endoso o al portador y con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, si se trata de un documento privado.

El que hace uso de un documento falso o falsificado, como si fuese legítimo, siempre que de su uso pueda resultar algún perjuicio, será reprimido, en su caso, con las mismas penas".

SÉTIMO: En el delito de falsificación de documentos se puede identificar los siguientes elementos objetivos:

1) crear un documento falso o adulterar uno verdadero, usar alguno de los citados (segundo párrafo);

2) la idoneidad del engaño; y,

3) la posibilidad de un perjuicio; cada uno de los citados elementos es abarcado por el dolo: es decir, el sujeto activo del delito —que puede ser cualquier

persona— tendrá conocimiento y voluntad de realización de cada elemento del tipo penal.

OCTAVO: A efectos del presente recurso de casación, es pertinente pronunciarnos respecto al elemento objetivo referido al perjuicio, para poder determinar si el tipo penal en mención refiere un perjuicio concreto o potencial. De la redacción típica se puede advertir que tanto el primer como segundo párrafo señalan: *"(...) puede resultar algún perjuicio (...)", "(...) pueda resultar algún perjuicio*, es decir, refieren una posibilidad, una potencialidad de peligro, mas no exigen que dicho perjuicio sea concretado para la configuración del ilícito.

NOVENO: Pese a que la redacción del tipo penal es clara, pues no presenta ambigüedad en su redacción, la jurisprudencia de este Tribunal suprema ha sido discordante a lo largo del tiempo: por ejemplo se tiene el Recurso de Nulidad N°027-2004, que en su fundamento jurídico N°5, señala que: *"(...) es necesario precisar que el presupuesto infaltable para que se configure la antijuricidad, es el perjuicio que se causa con la utilización del documento en cuestión; en ese sentido. (...) no se ha causado ningún perjuicio a la entidad agraviada; por ende, al no concurrir el elemento substancial objetivo, es inexistente la condición objetiva de punibilidad (...)"*, por tanto, se puede advertir que el razonamiento plasmado en la citada ejecutoria se basa en considerar al perjuicio efectivo como una condición objetiva de punibilidad. Sin embargo, dicho razonamiento es errado, en tanto no tiene un sustento normativo.

DECIMO: Como se señaló el tipo penal de falsificación no presenta ambigüedad en su redacción referente al perjuicio; pues señala claramente que para la configuración del delito basta la potencialidad e idoneidad del mismo; así, en uno de sus últimos pronunciamiento esta Corte Suprema mediante **el Recurso de Nulidad N°2279-2014, Callao, en su fundamento jurídico N° .4,** ha señalado que: "*la condición objetiva de punibilidad en esta clase de ilícitos es la posibilidad de causar perjuicio al agraviado y no perjuicio efectivo para considerarse típico, por cuanto el bien jurídico que se tutela es el correcto funcionamiento de la administración pública referidos al tráfico jurídico correcto* (...)".

Así, para la configuración típica en un caso concreto se deberá considerar como típica la sola potencialidad de perjuicio —no se requiere su concretización—.

B. El delito continuado y el delito masa —artículo 49 del Código Penal—

DECIMO PRIMERO: El delito continuado se encuentra regulado en el artículo 49 del Código Penal, señalando que:

> *Artículo 49.- Cuando varias violaciones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, serán considerados como un solo delito continuado y se sancionarán con la pena correspondiente al más grave (...).*

En ese sentido, los requisitos que se deben cumplir para la configuración del delito continuado son:

1) pluralidad de acciones delictivas —posibles de individualización—;
2) afectación del mismo bien jurídico;
3) identidad de sujeto activo, es decir, se trata de un mismo sujeto infractor: y,
4) unidad de designio criminal.

Así, precisa García Cavero que en el delito continuado tienen lugar varias acciones, cada una configuradora de una infracción penal, pero que, por una relación de continuidad, se considera un solo delito.

DECIMO SEGUNDO: El delito continuado, establecido en el artículo 49 del Código Penal, conforme la regulación nacional prevé una agravante en la parte última del primer párrafo, en función al sujeto pasivo del cielito, señalando que: *"(...) Si con dichas violaciones, el agente hubiera **perjudicado a una pluralidad de personas**, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave"*. Ello es conocido en doctrina como delito de masa o delito colectivo, citada agravante requiere sancionar aquellas infracciones en que hay multiplicidad de perjudicados, ya que el delito continuado fue dirigido a un grupo indeterminado de personas a quienes se embauca con mismo artificio.

DECIMO TERCERO: Se requiere enfatizar que el delito masa implica tener como sujeto pasivo a un conjunto de individuos que constituyen una colectividad, es decir, debe existir un número elevado de perjudicados para poder determinar la existencia de un delito masa. El clásico supuesto de configuración de un delito masa son los fraudes colectivos, donde el sujeto pasivo no está representado por una o dos personas, sino por una multitud o una pluralidad cuantiosa, muchas veces indeterminada.

Este Libro se imprimió en los talleres gráficos
Servicios Gráficos JMD S.R.L.
Situado en Av. José Gálvez 1549, Lince, Lima
RUC 20264755469
Noviembre, 2019