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).

II.- DERECHO PROCESAL PENAL

1. GARANTÍAS PROCESALES 899

A. DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA 899

§146. Presunción de inocencia y motivación de sentencias 899

Casación N° 03-2007-HUAURA

§147. Presunción de inocencia 904

Recurso de Nulidad N° 2132-2018-LIMA

B. DUDA RAZONABLE 909

§148. Absolución por duda razonable 909

Recurso de Nulidad N° 1807-2018-CAJAMARCA

C. DERECHO A UN PLAZO RAZONABLE 913

§149. La caducidad de los plazos para la emisión de dictámenes o resoluciones 913

Casación N° 54-2009-LA LIBERTAD

§150. Derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, principio de celeridad y economía procesal 916

Recurso de Nulidad N° 4003-2013-LIMA

D. DERECHO DE DEFENSA 909

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

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

H. PRINCIPIO A LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL. RECUSACIÓN 987

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

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

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

J. PRINCIPIO ACUSATORIO 992

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

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

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

2. LA ACCIÓN PENAL 1022

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

3. DE LA JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA 1029

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

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

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

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

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

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

5. DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD 1064

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

6. DE LOS MEDIOS TÉCNICOS DE DEFENSA 1070

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

7. DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA 1082

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

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

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

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

9. DE LA PRISIÓN PREVENTIVA 1169

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

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

10. DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL PROCESO PENAL 1249

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

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

11. Etapa Intermedia 1416

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

12. Etapa de Juicio Oral 1432

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

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

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

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

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

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

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

13. SENTENCIA PENAL 1485

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

15. RECURSO DE CASACIÓN 1639

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

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

16. LA ACCIÓN DE REVISIÓN 1670

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

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

17. PROCESOS ESPECIALES 1676

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

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

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

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

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

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

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

18. DE LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA 1739

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

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

III.- DERECHO DE EJECUCIÓN PENAL

1. EJECUCIÓN DE LA PENA 1755

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

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

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

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

2. BENEFICIOS PENITENCIARIOS 1765

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

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

ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

ACUERDOS PLENARIOS

AÑO 2005

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

AÑO 2006

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

AÑO 2007

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

AÑO 2008

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

AÑO 2009

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

AÑO 2010

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

AÑO 2011

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

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

AÑO 2012

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

AÑO 2015

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

AÑO 2016

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

AÑO 2017

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

AÑO 2019

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

CASACIONES

AÑO 2005

- Casación N° 2016-2005-Huánuco

AÑO 2006

- Casación N° 2860-2006-Ancash

AÑO 2007

- Casación N° 03-2007-Huaura

AÑO 2008

- Casación N° 02-2008-La Libertad

AÑO 2009

- Casación N° 54-2009-La Libertad

AÑO 2010

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

AÑO 2011

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

AÑO 2012

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

AÑO 2013

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

AÑO 2014

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

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

AÑO 2015

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

AÑO 2016

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

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

AÑO 2017

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

AÑO 2018

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

AÑO 2019

- Casación N° 126-2019-Ica

CONSULTAS

AÑO 2004

- Consulta N° 126 -2004-Lima

AÑO 2014

- Consulta N° 16-2014-Lima

COMPETENCIA

AÑO 2001

- Competencia N° 18-2001

QUEJA

- Queja N° 1678-2006-Lima

RECURSOS DE NULIDAD

AÑO 2004

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

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

AÑO 2005

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

AÑO 2006

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

AÑO 2009

- Recurso de Nulidad Nº 4216-2009-Lima

AÑO 2010

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

AÑO 2011

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

AÑO 2012

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

AÑO 2013

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

AÑO 2014

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

AÑO 2015

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

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

AÑO 2016

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

AÑO 2017

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

AÑO 2018

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

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

SENTENCIAS PLENARIAS

AÑO 2005

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

AÑO 2013

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

AÑO 2015

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

AÑO 2017

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

PRÓLOGO A LA TERCERA EDICIÓN ACTUALIZADA Y AUMENTADA (2019)

POR CÉSAR E. SAN MARTÍN CASTRO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Lima, noviembre del 2019

PRÓLOGO A LA TERCERA EDICIÓN ACTUALIZADA Y AUMENTADA (2019)

POR MIGUEL R. PÉREZ ARROYO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Lima, noviembre del 2019

II.

DERECHO PROCESAL PENAL

1. GARANTÍAS PROCESALES

A. DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

146

§146. Presunción de inocencia y motivación de sentencias

Casación	03-2007-HUAURA
Fecha	07 de noviembre de 2007
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Jueces Supremos	Salas Gamboa, San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Príncipe Trujillo y Urbina Ganvini.
Disposiciones estudiadas	Arts. II T. P., 425º.2 y 429º del NCPP.

RESUMEN:

En el contenido esencial de la presunción de inocencia se encuentra la exigencia de que ***la actividad probatoria realizada en el proceso*** *–y que solo puede ser valorada por el Juez Penal y la Sala Penal Superior-* ***sea suficiente como para desvirtuar mencionada presunción****, lo que implica que las pruebas versen sobre hechos objeto de imputación y que exista vinculación entre el imputado y esos hechos. Por otro lado, las pruebas valoradas deben tener carácter incriminatorio suficiente para sustentar un fallo en dicha dirección.*

Para evitar la afectación de la presunción de inocencia, ***el Tribunal debe expresar de modo claro, entendible y suficiente las razones de un concreto pronunciamiento****, así como los elementos en los que se ha basado para adoptar su decisión, es decir, una argumentación racional que satisfaga el principio de razón suficiente consignando expresamente el material probatorio -describiendo el contenido de cada elemento de prueba que seleccione como relevante- y valorándolo de forma que se evidencie su ligazón racional con las afirmaciones o negaciones que se incorporen en el fallo.*

FUNDAMENTOS:

"Del segundo motivo casacional. Presunción de inocencia:

SEXTO: El recurrente denuncia que la sentencia condenatoria vulneró la regla de suficiencia probatoria. Afirma que la versión de la agraviada es incoherente y divergente; que los testigos directos, hermanos de la víctima, no brindaron un relato circunstanciado del hecho; que la explicación del perito médico legista no es imparcial; que el reconocimiento de persona en el juicio oral no cumplió con las exigencias legales que lo regulan; que se ha valorado su declaración como si fuera un medio de prueba; y que su estancia en Cañete ha sido probada con prueba testifical.

SÉPTIMO: Uno de los elementos que integra el contenido esencial de la presunción de inocencia como regla de prueba es que ***la actividad probatoria realizada en el proceso sea suficiente*** –primer párrafo del artículo dos del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal–. Ello quiere decir, *primero,* que las pruebas –así consideradas por la Ley y actuadas conforme a sus disposiciones– estén referidas a los hechos objeto de imputación –al aspecto objetivo de los hechos– y a la vinculación del imputado a los mismos, y, *segundo,* que las pruebas valoradas tengan un carácter incriminatorio y, por ende, que puedan sostener un fallo condenatorio.

Corresponde a los Tribunales de Mérito –de primera instancia y de apelación- la valoración de la prueba, de suerte que únicamente está reservado a este Tribunal de Casación apreciar si de lo actuado en primera y segunda instancia, en atención a lo expuesto en el fallo de vista, la existencia de un auténtico vacío probatorio.

En consecuencia, si existen pruebas directas o indiciarias la alegación centrada en ese motivo decae o se quiebra. Si existen pruebas, como ha quedado expuesto, su valoración corresponde en exclusividad al Juez Penal y a la Sala Penal Superior.

OCTAVO: De la atenta lectura de las sentencias de primera y segunda instancia se advierte que la condena se sustentó en el mérito de la partida de nacimiento y de la pericia médico legal, debidamente explicada por el médico legista en el acto oral –que dan cuenta del hecho típico–. La vinculación del imputado con el hecho, según los fallos de instancia, se acredita con las declaraciones de dos testigos presenciales, parientes de la menor agraviada, que también declaró y señaló al imputado como autor del delito en su perjuicio –incluso lo reconoció en el juicio oral, a quien ya conocía–. Se descartó como pruebas de descargo capaces

de perder rigor a las pruebas de cargo las declaraciones de los dos testigos ofrecidos por el imputado.

Así expuestos, los medios de prueba invocados y el elemento probatorio que aporta cumplen el requisito de suficiencia probatoria.

Se cuestiona la corrección jurídica del reconocimiento realizado por la menor agraviada porque no se cumplió el artículo ciento ochenta y nueve del nuevo Código Procesal Penal. Si bien no se trató, propiamente, de un reconocimiento en rueda, y aún cuando es de entender que el reconocimiento es, por su propia naturaleza –de identificación de la persona del imputado cuando no se sabe con certidumbre quién es ese imputado–, una diligencia sumarial de carácter preconstituido que se debe realizar inmediatamente de cometido el hecho –con lo que se evita un cambio de apariencia del presunto autor, así como probables distorsiones en la memoria o recuerdo del testigo como consecuencia del transcurso del tiempo o la concurrencia de influencias ilícitas sobre él–, es de resaltar que, en el caso de autos, el imputado era conocido por la agraviada y los testigos de cargo, y que el examen probatorio que se llevó a cabo no descansa únicamente en esa diligencia [el reconocimiento, como acto procesal singularizado, no excluye su consideración de prueba testifical, pues sirve para que quien presenció los hechos lleve al órgano jurisdiccional un dato concreto que él pudo percibir, esto es, la identidad del delincuente, que es, precisamente, lo que se ha hecho en el presente proceso]. Su carácter subsidiario –por ser tal, existen incluso otras medidas de identificación–, en tanto corren en autos otras fuentes de prueba, ya incorporadas a través de las testificales antes anotadas, revela la falta de necesidad de su actuación y, por ende, no permite la aceptación de la denuncia de vulneración de la presunción de inocencia.

Llama la atención que se indique que las explicaciones del perito en el acto de la audiencia denotan falta de imparcialidad. Precisar su hallazgo pericial y responder preguntas acerca del origen del mismo, sin que ellas en modo alguno puedan calificarse de arbitrarias o fuera de contexto, desde luego no perjudica lo validez y solvencia de la prueba pericial.

El motivo no puede prosperar.

NOVENO: El apartado cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del nuevo Código Procesal Penal precisa como motivo autónomo de casación la falta de motivación de la sentencia, *"...cuando el vicio resulte de su propio tenor"*. Esto último significa que para su análisis no se ha de acudir a un acto procesal

distinto de la propia sentencia, y que su examen comprenderá el propio mérito o contenido de la misma.

La motivación constitucionalmente exigible requiere de una argumentación que fundamente la declaración de voluntad del juzgador y que atienda al sistema de fuentes normativas establecido. El Tribunal debe expresar de modo claro, entendible y suficiente –más allá que, desde la forma de la misma, sea sucinta, escueta o concisa e incluso por remisión– las razones de un concreto pronunciamiento, en qué se apoya para adoptar su decisión –no hace falta, por cierto, que entre a debatir cada uno de los preceptos o razones jurídicas alegadas por la parte, pero sí que desarrolle una argumentación racional ajustada al tema en debate–.

Desde la perspectiva del juicio de hecho o de culpabilidad, para que la sentencia no vulnere el principio lógico de razón suficiente debe cumplir dos requisitos: ***a)*** Consignar expresamente el material probatorio en que se fundan las conclusiones a que se arriba, describiendo el contenido de cada elemento de prueba que seleccione como relevante [basados en medios de prueba útiles, decisivos e idóneos] –requisito descriptivo–; y, ***b)*** Valorarlo debidamente, de suerte que evidencie su ligazón racional con las afirmaciones o negaciones que se incorporen en el fallo –requisito intelectivo–.

DÉCIMO: Alega el recurrente que la sentencia de vista no compulsó adecuadamente las 'escasas e inconsistentes' pruebas de cargo, así como las pruebas de descargo. Asimismo, denunció que el Tribunal invocando el artículo cuatrocientos veinticinco apartado dos del nuevo Código Procesal Penal no otorgó diferente valor probatorio a la prueba personal, pero omitió una revisión unitaria y conjunta de las pruebas de cargo y de descargo.

El Tribunal de Apelación en su sentencia de vista ha dado mérito a la sentencia de primera instancia. Se trata, entonces, de un "fallo por remisión", cuya legitimidad no se descarta en tanto en cuanto la sentencia de primera instancia mencione las pruebas de cargo y de descargo, precise su contenido y, finalmente, las valore y justifique su conclusión condenatoria. Ello sucedió en el presente caso, a lo que agregó dos razones específicas: ***a)*** La ausencia de incredulidad subjetiva de la declaración de los hermanos de la víctima, en cuanto testigos presenciales de cargo, que confirman la versión de la víctima; y, ***b)*** La reiteración de sus argumentos por los testigos de descargo en la audiencia de apelación, respecto de los cuales no puede otorgarles diferente valor probatorio en virtud del artículo cuatrocientos veinticinco apartado dos del nuevo Código Procesal Penal.

UNDÉCIMO: Es verdad, como se dejó expuesto en la Casación número cinco – dos mil siete / Huaura, del once de octubre de dos mil siete, que las

pruebas personales tienen un ámbito no accesible al control del Tribunal de Revisión, derivado del principio de inmediación. Empero, se insistió, existen "zonas abiertas", accesibles al control. Se trata de los aspectos relativos a la estructura racional del propio contenido de la prueba, ajenos en sí mismos a la percepción sensorial del juzgador de primera instancia, que pueden ser fiscalizados a través de las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos. En consecuencia, el relato fáctico que el Tribunal de Primera Instancia asume como hecho probado, no siempre es inconmovible, pues: ***a)*** Puede ser entendido o apreciado con manifiesto error o de modo radicalmente inexacto –el testigo no dice lo que lo menciona el fallo-; ***b)*** Puede ser oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio en sí mismo; ***c)*** Ha podido ser desvirtuado por pruebas practicadas en segunda instancia.

El Tribunal de Apelación asumió los criterios del Tribunal de Primera Instancia; y, estos revelan, como implícitamente afirmó, su contundencia, racionalidad y coherencia interna como prueba válida de cargo, con entidad suficiente para enervar la presunción constitucional de inocencia.

El déficit de argumentación, en esos términos, no es constitucionalmente relevante. Además, se justificó –con un contenido propio– la validez de la prueba de cargo, incorporando los argumentos de valoración que este Supremo Tribunal tiene sentado, de las declaraciones de la víctima, así como se aportaron argumentos adicionales para sostener la credibilidad de las declaraciones de los testigos presenciales, las que se correlacionaron con las de la víctima. Esto último importó, a su vez, desestimar las declaraciones de descargo tendientes a probar la coartada del imputado de haber estado en otro lugar cuando sucedieron los hechos –respecto de las cuales se apuntó que no aportaron elemento probatorio distinto y relevante con entidad para variar la valoración del Tribunal de Primera Instancia–, argumento final que en sí mismo no vulnera las reglas de la experiencia común. Por consiguiente, el Tribunal de Apelación no se limitó a resumir el derecho aplicable y a renglón seguido, sin más, desestimar los motivos del recurso.

Finalmente, el análisis judicial de la prueba testimonial en modo alguno se ve disminuido o limitado porque la parte contraria, formalmente, no tachó al testigo o impugnó el contenido o información que proporcionó, puesto que corresponde al Juez, soberanamente, la labor de verificar su aporte probatorio y otorgarle el valor que corresponda.

El motivo carece de virtualidad." (Sic.)

147

§147. Presunción de inocencia

Recurso de nulidad	2132-2018-LIMA
Fecha	23 de abril de 2019
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Chávez Mella.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Figueroa Navarro, Príncipe Trujillo, Sequeiros Vargas, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Art. II del TP del NCPP.

RESUMEN:

En el caso concreto, el delito de robo agravado en grado de tentativa se ha llegado a materializar; sin embargo, la vinculación del aludido delito con el acusado no ha sido acreditada, en la medida en que la prueba actuada (presuntamente directa e indiciaria) no genera convicción sobre la responsabilidad penal del recurrente. Es de remarcar que el derecho a la presunción de inocencia (literal e del numeral 24 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado) exige no solo que se pruebe el hecho delictivo, sino también la vinculación del imputado con tal evento. En otras palabras, probar un hecho delictivo no implica necesariamente que el imputado sea su autor o haya participado en su perpetración.

FUNDAMENTOS:

I. EXPRESIÓN DE AGRAVIOS

PRIMERO. La defensa del procesado Juan Manuel Sosa Portocarrero, en el recurso de nulidad –foja 555–, insta su absolución de los cargos incriminados. Los agravios están centrados en cuestionar la valoración de las pruebas, esto es,

las declaraciones testimoniales del agraviado Félix Huanca Iquise, del testigo Adolfo Mamani Incahuanaco, de los efectivos policiales Marco Antonio Díaz Cachay y Juan Antonio Caycho Salinas, en tanto que ninguno de ellos lo sindicó o identificó plenamente, y mucho menos brindaron las características de las personas que participaron en el hecho delictivo. Denuncia también la indebida valoración de la declaración del procesado. Precisó que si bien el vehículo con que se perpetró el delito fue alquilado al acusado, dicha circunstancia no basta para vincularlo directamente con el delito. Concluye que en el proceso no se han recabado suficientes medios probatorios que acrediten la responsabilidad penal en el hecho incriminado.

II. TESIS INCRIMINATORIA

SEGUNDO. El hecho incriminado al acusado Sosa Portocarrero ha sido definido en el dictamen acusatorio –foja 235–, donde se describe que el día doce de noviembre de dos mil cuatro, aproximadamente a las 05:45 horas, el agraviado Félix Huanca Iquise –comerciante repartidor mayorista de aves– llegó en su camión al mercado Ollantay e ingresó al mercado, mientras su ayudante Adolfo Mamani Incahuanaco se quedó en el interior del vehículo. En esas circunstancias, hizo su aparición un automóvil Tico de placa de rodaje BIO-159, del cual descendieron varios sujetos que portaban armas de fuego, los que lo amenazaron y le sustrajeron una balanza electrónica; luego, emprendieron la huida a bordo del referido vehículo.

Posteriormente, el agraviado Félix Huanca Iquise se percató de que una unidad móvil de la Policía Nacional del Perú remolcaba el vehículo Tico, de placa de rodaje BIO-159, en cuyo interior se encontraba la balanza que le había sido sustraída. Al respecto, los efectivos policiales Marco Díaz Cachay y Juan Caycho Salinas refirieron que, cuando realizaban patrullaje motorizado por las inmediaciones de las avenidas Solidaridad y Salvador Allende, se percataron la presencia del vehículo Tico de placa de rodaje BIO-159, el cual estaba ocupado por cuatro individuos que, al percatarse la presencia policial, huyeron raudamente, pero, al verse perseguidos, abandonaron el vehículo. Así, al efectuarse el registro del automóvil, se halló un arma de fuego, una licencia de conducir del acusado Sosa Portocarrero y una balanza electrónica.

El acusado Sosa Portocarrero fue involucrado en los hechos en la medida en que el aludido vehículo le había sido entregado en alquiler.

III. FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

TERCERO. La motivación de una sentencia condenatoria necesariamente tiene que abarcar la valoración de la prueba que genera la verdad judicial, la subsunción que debe abarcar todas y cada una de las categorías del delito, así como sus consecuencias jurídicas. En ese sentido, se aprecia que la sentencia condenatoria recurrida presenta defectos en la estructura de la motivación, por los siguientes detalles:

3.1. Precisa que se logró enervar la presunción de inocencia del acusado Sosa Portocarrero, en mérito a la sindicación directa del testigo Adolfo Mamani Incahuanaco. Al remitirnos a dicha declaración –foja 9–, se advierte que no existe sindicación directa ni la plena identificación del acusado Sosa Portocarrero, como uno de los sujetos que habría perpetrado el delito. El aludido testigo solo se limitó a contextualizar la forma como sucedieron los hechos, esto es, la aparición de vehículo Tico de placa de rodaje BIO159, la presencia de varios sujetos a bordo del auto y la sustracción de la balanza mediante el uso de la amenaza con arma de fuego.

3.2. La sentencia continúa detallando que la sindicación e identificación realizada por el aludido testigo se encuentra corroborada con la declaración del agraviado Félix Huanca Iquise. De igual modo, al remitirnos a la declaración de este último –fojas 10 y 71–, evidenciamos que solo detalló el suceso de los hechos, conforme al relato de su ayudante, el testigo Adolfo Mamani Incahuanaco, quien solo atinó a ver la huida del vehículo, por lo que le fue imposible reconocer a los facinerosos.

3.3. Posteriormente, se analizó la declaración del acusado Sosa Portocarrero y se indicó que el descargo realizado por él no satisfacía a las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, en la medida en que el acusado manifestó que fue víctima de robo del vehículo, horas antes del suceso de los hechos. No obstante, no colocó la denuncia respectiva –por el temor de ser detenido, pues estaba requisitoriado– ni dio aviso al propietario del vehículo. Así, su argumento de defensa quedó vencido, pues el acusado no contaba con requisitoria alguna cuando se realizó la búsqueda de las posibles requisitorias, lo que se consideró como prueba directa.

Este hecho revela un argumento de defensa del acusado que, en un supuesto hipotético, podría ser tomado como un indicio de mala justificación; sin embargo, un solo indicio no puede constituir prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia del imputado.

3.4. Además, indica que subyace un indicio concurrente que determina la vinculación del acusado con la comisión de los hechos; esto es, el indicio de presencia del acusado en el vehículo Tico de placa de rodaje BIO159. Sin considerar que todo indicio debe estar probado, ser plurales y concomitantes al hecho delictivo e interrelacionados entre sí. Por otro lado, la aludida prueba indiciaria requiere que se pruebe que el sujeto activo estuvo presente en el lugar en el que acontecieron los hechos, supuesto que no se cumple en el presente caso.

En el caso concreto, no existe elemento directo o indiciario de la participación del acusado en el hecho imputado, que lo situé en la escena del delito; la Sala Superior erró al considerar como prueba directa las declaraciones del testigo Adolfo Mamani Incahuanaco y del agraviado Félix Huanca Iquise. Como ya se ha analizado, no existe sindicación directa hacia el acusado Sosa Portocarrero ni referencias que nos hagan suponer su participación en el hecho delictivo.

3.5. La sentencia afirma que la corroboración periférica también proviene de la declaración testimonial de los efectivos policiales Marco Antonio Díaz Cachay y Juan Antonio Caycho Salinas, quienes divisaron a cuatro sujetos a bordo del vehículo Tico de placa de rodaje BIO-159. Al percatarse de la presencia policial, los sospechosos emprendieron la huida, iniciándose así la persecución, en la que el chofer realizó maniobras para escapar; sin embargo, finalmente, los individuos descendieron del vehículo y huyeron.

Al respecto, es de destacar que si bien las declaraciones de los efectivos policiales –fojas 74 y 112– revelan la persecución de cuatro sujetos no identificados a bordo del automóvil Tico de placa de rodaje BIO-159, no evidencian la presencia del acusado Juan Manuel Sosa Portocarrero en el vehículo; pues los agentes del orden indicaron que no podían identificar a los sujetos del vehículo.

CUARTO. Es evidente que, en el caso concreto, se ha llegado a materializar el delito de robo agravado en grado de tentativa, con el acta de registro vehicular e incautación –foja 16–, donde se evidencia que la balanza electrónica del agraviado fue hallada en el interior del vehículo Tico de placa de rodaje BIO-159; sin embargo, la vinculación del aludido delito con el acusado Sosa Portocarrero no ha sido acreditada, en la medida en que la prueba actuada (presuntamente directa e indiciaria) no genera convicción sobre la responsabilidad del recurrente. Es de recalcar que el derecho a la presunción de inocencia (literal e, del inciso 24, del artículo 2, de la Constitución Política del Estado) exige no solo que se pruebe el hecho delictivo, sino también la vinculación del imputado con tal evento. En otras palabras, probar un hecho delictivo no implica necesariamente que el imputado sea su autor o haya participado en su perpetración.

QUINTO. El fundamento del derecho a la presunción de inocencia se encuentra tanto en el principio y derecho de dignidad humana ("La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado", artículo 1 de la Constitución Política del Perú) como en el principio a favor del hombre[114]. Asimismo, la presunción de inocencia admite prueba en contrario; de este modo, un juez no puede condenar cuando la culpabilidad no ha sido verificada más allá de toda duda razonable; esto es, "cuando el órgano de persecución penal no ha podido destruir la situación de inocencia, constituida de antemano por la ley"[115]. En tal sentido, la presunción de inocencia, prevista en el literal e, del numeral 24, del artículo 2 de la Constitución Política del Estado se mantiene incólume. Por tanto, corresponde la absolución del acusado Sosa Portocarrero, respecto al hecho atribuido.

---

114 Expediente número 01768-2009-PA/TC, fundamentos jurídicos 3, 4, 5, 6 y 8.

115 AGUILAR GARCÍA, Ana Dulce. Colección de Textos sobre los Derechos Humanos-Comisión Nacional de los Derechos Humanos-México 2013.

B- DUDA RAZONABLE

148

§148. Absolución por duda razonable

Recurso de nulidad	1807-2018-CAJAMARCA
Fecha	15 de mayo de 2019
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Figueroa Navarro, Príncipe Trujillo, Sequeiros Vargas, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Art. II del TP del NCPP.

RESUMEN:

Si bien es verdad que los agraviados sindican persistentemente al encausado aunque no coinciden con la hora, y la pericia médico legal confirma que fueron agredidos con motivo del robo, también es cierto que el encausado proporcionó una versión consistente de ajenidad e imposibilidad de comisión delictiva, lo que tiene una corroboración en lo que señalaron dos de los ronderos que estuvieron con él y otros dos vecinos. Al imputado o a su coimputado no se le encontraron en su poder el bien robado ni las armas utilizadas para el robo. Se anotó incluso que el imputado, tenía en su comunidad, una conducta delictiva, pero el boletín de condenas dice lo contrario. Se está, por consiguiente, ante una duda razonable que, como regla de juicio, impide concluir que se superó el estándar necesario de prueba para condenarlo. Existe un equilibrio entre pruebas de cargo y pruebas de descargo, y ante esa situación no cabe otra opción que absolver. Por tanto, el recurso defensivo debe estimarse.

FUNDAMENTOS:

PRIMERO. Que la defensa del encausado Escobedo Llajaruna en su recurso formalizado de fojas mil quinientos, de veintinueve de agosto de dos mil dieciocho, instó la absolución de los cargos. Alegó que los agraviados han proporcionado versiones diferentes respecto a la hora en que se produjo el delito; que en la hora en cuestión su patrocinado estaba realizando su tarea ronderil en presencia de cinco personas, tres de los cuales han declarado en el plenario en esos términos; que no se probó la preexistencia de la radio portátil ni la tenencia de las armas; que los certificados médico legales no prueban que su defendido les ocasionó las lesiones detalladas.

SEGUNDO. Que la sentencia de instancia declaró probado que el día veinticinco de febrero de dos mil nueve, como a las veinte horas con quince minutos, cuando los agraviados Abanto Cabrera y Romero Reyes se encontraban en la cocina de su vivienda, ubicada en el caserío Huañimba, distrito de Condebamba, provincia de Cajabamba – Cajamarca, incursionaron en ella los encausados José Carlos Sánchez Casiano y Jacinto Escobedo Llajaruna, acompañados de otro desconocido. Dos de ellos portaban escopetas y el otro un revólver, armas con los que los amenazaron. El agraviado Ismael Abanto Cabrera fue golpeado cuando intentó quitarle el arma al encausado Escobedo Llajaruna, pero no lo consiguió. Los malhechores buscaban dinero en el predio, pero la agraviada Romero Reyes les dijo que no tenía, por lo que huyeron llevándose consigo una radio portátil marca Sony.

TERCERO. Que el agraviado Abanto Cabrera denunció los hechos ante la Fiscalía el día cuatro de marzo de dos mil nueve [fojas una]. Según los certificados médicos legales de fojas dieciocho y diecinueve, los agraviados sufrieron lesiones levísimas como consecuencia de la agresión de que fueron víctimas con motivo del robo en su perjuicio. El agraviado Abanto Cabrera en sede preliminar –ante la Fiscalía– reconoció a Escobedo Llajaruna, así como a Sánchez Casiano, como los autores del robo en su agraviado [fojas veintiuno].

∞ El referido agraviado Ismael Abanto Cabrera insistió en formular cargos contra Escobedo Llajaruna en su declaración preliminar de fojas cuatro, con fiscal, en su preventiva de fojas noventa y seis –dijo que los hechos ocurrieron a las veinte horas con quince minutos y pudo reconocer al imputado al verle el rostro– y en la diligencia de confrontación con él [fojas ciento sesenta y nueve].

∞ La agraviada Emperatriz Romero Reyes repitió lo expuesto por su conviviente Ismael Abanto Cabrera (aunque apuntó que el delito ocurrió a las

diecinueve horas con quince minutos) [declaración preliminar de fojas once, declaración preventiva de fojas noventa y nueve y diligencia de confrontación con el imputado de fojas ciento setenta y tres].

∞ Lo relatado por el agraviado Ismael Abanto Cabrera es confirmado, en vía referencial, por su padre Ubaldo Aquilino Abanto Arna [fojas ocho, ciento dos y doscientos sesenta y seis]. Asimismo, el presidente de la Ronda de Huañimba, Felipe Santiago Sánchez Aranda, expresó que el día de los hechos, como a las veinte horas con treinta minutos, el agraviado Ismael Abanto Cabrera llegó a su casa medio desnudo y con signos de haber sido golpeado, quien le dijo que había sido asaltado por tres personas –los encausados Escobedo Llajaruna y Sánchez Casiano– que ingresaron a su casa, utilizando escopeta y un revólver para amenazarlos de muerte y golpearlos a él y a su conviviente [fojas cuarenta].

CUARTO. Que el encausado Escobedo Llajaruna afirmó que con los graviados no les une amistad ni enemistad; que llegó a la casa de Máximo Gamboa a las veinte horas con cinco minutos con Julián Aranda Salvatierra –con quien se encontró en el camino– para realizar la ronda, la que cumplió conjuntamente con Máximo Gamboa, Julián Aranda Salvatierra, Jorge Luis Rodríguez Ramírez, Tani y Valentín; que no conoce a su coimputado [fojas cuarenta y tres, setenta y cinco y mil trescientos ochenta y cinco].

∞ Los testigos ronderos Aranda Salvatierra y Rodríguez Ramírez confirman lo expuesto por Escobedo Llajaruna [fojas ciento sesenta y mil cuatrocientos veinticinco, y fojas ciento setenta y siete]. Otros vecinos, como Mendoza Casas y De la Cruz Rubio, ratifican su exposición [fojas ciento sesenta y cuatro y mil cuatrocientos veintiuno y uno, y fojas ciento setenta y siete].

QUINTO. Que si bien es verdad que los agraviados sindican persistentemente –en sede preliminar y sumarial– al encausado Escobedo Llajaruna aunque no coinciden con la hora –el primero dice que el robo ocurrió a las veinte horas con quince minutos y la segunda a las diecinueve horas con quince minutos–, y la pericia médico legal confirma que fueron agredidos con motivo del robo, también es cierto que el encausado Escobedo Llajaruna proporcionó una versión consistente de ajenidad e imposibilidad de comisión delictiva, lo que tiene una corroboración en lo que señalaron dos de los ronderos que estuvieron con él y otros dos vecinos. Al imputado o a su coimputado no se le encontraron en su poder el bien robado ni las armas utilizadas para el robo.

∞ Se anotó incluso que el imputado, tenía en su comunidad, una conducta delictiva [constancia de fojas trescientos veintinueve], pero el boletín de condenas dice lo contrario [fojas ciento veintidós].

∞ Se está, por consiguiente, ante una duda razonable que, como regla de juicio, impide concluir que se superó el estándar necesario de prueba para condenarlo.

Existe un equilibrio entre pruebas de cargo y pruebas de descargo, y ante esa situación no cabe otra opción que absolver. Por tanto, el recurso defensivo debe estimarse.

C. DERECHO A UN PLAZO RAZONABLE

149

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

Casación	54-2009-LA LIBERTAD
Fecha	20 de julio del 2010
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Jueces Supremos	San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Calderón Castillo y Santa María Morillo.
Disposiciones estudiadas	Arts. 144°, 343° y 344°.1 del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	7°

RESUMEN:

*El **incumplimiento de los plazos legalmente previstos para la emisión de dictámenes o resoluciones**, por su carácter de **acto necesario** para el proceso, **no pueden ser sancionados con la caducidad del plazo.** Esto no excluye que su inobservancia necesariamente debe estar sujeta a una sanción disciplinaria.*

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE:

NOVENO: Que en este orden de ideas el apartado 2) del artículo 144° NCPP cuando se refiere a la regulación de la actividad de jueces y fiscales, debe ser entendido en relación a aquellas actividades relacionadas al ejercicio de la acción penal –en caso de fiscales- como sería formular acusación; y expedir resoluciones en caso de jueces, las cuales al estar en estrecha relación con las funciones que la Constitución le asigna al Ministerio Publico y al Poder Judicial de manera exclusiva y excluyente no pueden ser sancionadas con la caducidad del plazo establecido por ley para emitir su dictamen o resolución, lo cual importaría una

vulneración de las citadas normas constitucionales. Sin embargo, su inobservancia necesariamente debe estar sujeta a una sanción disciplinaria, puesto que todo justiciable tiene derecho a ser juzgado en un plazo razonable y a no ser sometido de manera indefinida a un proceso penal sin que se resuelva su situación jurídica.

Asimismo, realizando una interpretación sistemática del propio Código, se tiene el artículo 343º NCPP referido al control del plazo de la investigación preparatoria –el cual está vinculado a la facultad constitucional asignada al Ministerio Público de investigar el delito- en el que se establece que acarrea sólo responsabilidad disciplinaria en el Fiscal en caso se exceda en el plazo otorgado. Por otro lado, el apartado 1) del citado artículo 144º NCPP debe ser entendido como todos aquellos plazos establecidos en la ley que no se encuentran comprendidos en la excepción antes detallada, como son los plazos para impugnar, para ofrecer pruebas, para interponer excepciones, entre otros, todos los cuales se dan dentro de la propia dinámica del proceso penal.

DECIMO: Que es cierto que la Ley establece un plazo para la formulación de la acusación (quince días, según lo dispuesto en el artículo 344º.1 del NCPP). El requerimiento fiscal, acusatorio o no acusatorio, sin embargo, tiene lugar no como el ejercicio de una facultad discrecional del Ministerio Público sino como la ejecución de una obligación indispensable o necesaria para la continuación del proceso, sea para definir la clausura de la causa a través del sobreseimiento o para abrir la etapa principal de enjuiciamiento. La caducidad es una sanción procesal. Supone, según doctrina consolidada, una facultad procesal atribuida a un sujeto procesal, y consiste en la pérdida o privación de la misma por efecto del tiempo transcurrido sin haberla ejercitado. Se funda en el comportamiento procesal del sujeto y su efecto es la preclusión, en cuya virtud aquél pierde la facultad procesal de que se trate y no puede ya ejercitarla. La caducidad consumada impide la realización del acto (EUGENIO FLORIAN: Elementos de Derecho Procesal Penal, Bosch, Barcelona, 1934, pp 133-134).

El requerimiento fiscal –acusatorio o no acusatorio-, como ha quedado expuesto, es la expresión de un deber funcional ineludible: el proceso penal no se concibe sin su ejercicio. Por tanto, el incumplimiento de los plazos legalmente previstos para su emisión, por su carácter de acto necesario para el proceso, sólo acarrea responsabilidad disciplinaria como lo establece el artículo 144º.2 NCPP; tienen que ser cumplidos aunque se hubiese producido su término final. Por otro lado, el carácter expreso o la exigencia de una específica autorización legal para imponer una sanción procesal, tal como ha sido establecido por el artículo VII, apartado 3), del NCPP, a la que se une su interpretación restrictiva, impide 'deducir'

del ordenamiento un supuesto de caducidad y consiguiente preclusión. La norma establecida en el artículo 144º NCPP, en el caso de la actividad del Fiscal, no permite que se declare la caducidad del ejercicio de la acusación por vencimiento del plazo. Tal situación, además, importaría, primero, crear pretorianamente un supuesto adicional de sobreseimiento de la causa, al margen de lo dispuesto en el artículo 344º.2 del NCPP; y segundo, instituir una causal de cese de la acción penal fuera de los casos establecidos por la ley, vulnerándose los principios de oficialidad y de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal.

150

§150. Derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, principio de celeridad y economía procesal

Recurso de Nulidad	4003-2013-LIMA
Fecha	27 de enero de 2015
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores, Loli Bonilla.
Disposiciones estudiadas	Decreto Legislativo N° 124
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	5°, 6° y 7°.

RESUMEN:

La Sala Superior Penal debió proseguir con el trámite del presente proceso, así haya quedado subsistente el delito de estafa, pues si bien dicho delito debe ser tramitado en vía sumaria, conforme lo dispone el Decreto Legislativo número ciento veinticuatro; sin embargo, el A-quem -y en general los operadores de justicia- no debe ser puramente formalista, sino debe efectuar un juicio de ponderación frente a las situaciones que se presentan en el proceso a favor de los justiciables; debiendo aplicar los principios de celeridad y economía procesal; tanto más, si no se le vulnera derecho alguno, manteniendo el proceso ordinario a pesar que del concurso de delitos por el que se inició ordinario y sumario solo subsiste el segundo.

FUNDAMENTOS:

QUINTO: Este supremo Tribunal considera que la Sala superior Penal debió proseguir con el trámite del presente proceso, al haber quedado subsistente el delito de estafa, pues si bien dicho delito corresponde ser tramitado en vía

sumaria conforme lo dispone el Decreto Legislativo número ciento veinticuatro; sin embargo, el *A-quem* -y en general los operadores de justicia- no debe ser puramente formalista, sino debe efectuar un juicio de ponderación frente a las situaciones que se presentan en el proceso a favor de los justiciables (encausados y agraviados); en tanto, ellos en puridad buscan que sus pretensiones sean resueltas de una manera rápida y eficaz, viéndose ello reflejado en un pronto fallo, por lo que para lograr ello se debió tener en cuenta los principios de celeridad, economía procesal y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable; en el primer principio en mención alude al derecho que le asiste al justiciable de que las diligencias se llevan a cabo sin postergaciones indebidas ni impertinentes, mientras, que por el principio de economía procesal entendemos al mandato de que se evite toda dilación o demora del proceso innecesarias, puesto que son más onerosas para los sujetos procesales y para el Estado, no solo en términos presupuestarios sino también en los de carga procesal; de otro lado, el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas es un derecho que tiene el procesado y se dirige a los órganos jurisdiccionales creando en ellos la obligación de actuar en un plazo razonable el *ius puniendi;* asimismo, se debió tener presente el derecho a la tutela judicial efectiva que constituye el derecho de acceder al sistema judicial, precisando que esta solicitud de acceso a la justicia debe ser resuelta de manera rápida y oportuna.

SEXTO: La Sala Superior Penal debió considerar que al emitir su resolución declarando fundada las excepciones de naturaleza de acción y cosa juzgada por el delito de asociación ilícita para delinquir, subsistirá aún la acusación contra los encausados Jesús Ernesto Rosas Benavides, Juan Carlos Buendía servi, Miguel Arturo Cornejo Díaz y Luis Samir Cereceda Durand como co-autores del delito contra el patrimonio en la modalidad de estafa, en agravio de Jaime César Luza Elías y Ezequiel Vargas Torres Celiz; por tanto, debió llevar a cabo el juicio oral, y no declarar insubsistente la aludida acusación, tanto más, si proseguir con el proceso no implicaba afectar o vulnerar derecho alguno a los encausados, menos aún, a las demás partes procesales, por el contrario, el proceso penal ordinario resulta más garantista, en tanto, someterse a un juicio oral implica desarrollar los principios rectores del proceso, tales como inmediación, oralidad, publicidad y contradictorio. Aunado a ello se debió interpretar la segunda disposición transitoria del Decreto Legislativo número ciento veinticuatro, que establece: "las *instrucciones que se encuentran en los Tribunales Correccionales con audiencia iniciadas o pendientes de realizase y las que tengan dictamen fiscal, continuarán el trámite procesal con el que se iniciaron";* evidenciándose que el sentido de la norma está orientada a no dilatar el proceso y que se culmine en un plazo razonable.

SÉTIMO: La Sala Superior Penal al disponer la adecuación del proceso al trámite sumario lo único que originó fue retardar el trámite del proceso, tan es así, que los actuados principales no fueron remitidos al juzgado de origen conforme se había ordenado; en consecuencia, se debe disponer se lleve a cabo el juicio oral por delito de estafa, toda vez que los actuado siguen en la Instancia Superior, teniendo en cuenta los plazos procesales a efectos de evitar la prescripción de la acción penal.

D. DERECHO DE DEFENSA

151

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

Casación	281-2011-MOQUEGUA
Fecha	16 de agosto de 2012
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores y Santa María Morillo.
Disposiciones estudiadas	Arts. 139° de la Const.; 8°.2 de la CADH; 14°.3, "d" del PIDCP; 11° DUDH
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	3° al 9°

RESUMEN:

El derecho de defensa es parte de la tutela procesal efectiva e implica el ***derecho a no quedar en estado de indefensión****, lo cual se configura cuando los titulares de los derechos e intereses legítimos se ven impedidos de ejercer los medios legales suficientes para su defensa.*

En este sentido, ***se violará el derecho de defensa cuando una persona no logra ofrecer a quien la juzga los elementos necesarios para desvirtuar una acusación en su contra o para afirmar que tiene la razón en lo que alega****. Sin embargo, no todo acto que imposibilita un correcto uso de la defensa produce un agravio al derecho. La indefensión* ***será relevante a nivel constitucional sólo cuando se genera una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo****. Deberá ser, por tanto, una negación real, efectiva y actual a la tutela judicial, nunca un peligro meramente potencial o abstracto.*

Así, el respeto por el derecho fundamental a la prueba es indispensable para el resguardo al derecho de defensa y un componente del derecho a la tutela procesal efectiva. Incluye el derecho a ofrecer los medios probatorios que la persona considere oportuno, a que sean admitidos, actuados, conservados o producidos por medio de la actuación anticipada cuando sea necesario; como que también sean correctamente valorados y que dicha valoración sea motivada de forma adecuada por el órgano jurisdiccional.

FUNDAMENTOS:

"CONSIDERANDO

TERCERO: Que, previamente al análisis de fondo corresponde fijar ciertos conceptos constitucionales y supranacionales, que decantaran el derrotero del presente recurso de casación:

3.1.- El derecho de defensa: El artículo 8°, 2.d, de la Constitución Americana sobre Derechos Humanos señala que el inculpado tiene derecho a "*defenderse personalmente o [a] ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor*". A su vez, el artículo 139°, inciso 14), de la Constitución Política del Perú señala que toda persona "*Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad*".

Asimismo, el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha precisado que el derecho de defensa tiene una doble dimensión: una **material**, referida al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y otra **formal,** que supone el derecho a una defensa técnica, esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor de su elección desde que la persona es citada o detenida por la autoridad y durante todo el tiempo que dure la investigación preliminar o el proceso mismo. En ambos casos se garantiza el derecho de no ser postrado a un estado de indefensión en cualquier etapa del proceso, inclusive, como ya se dijo, en la etapa preliminar[116].

Sobre la materia del Tribunal Constitucional, en las alegaciones de violación al derecho de defensa, rellevó en el Expediente N° 4303-2004-AA/ TC que la notificación es un acto procesal cuyo cuestionamiento o anomalía

---

[116] Sentencia del 24 de mayo de 2011, EXP. N° 00910-2011-PHC/TC, HUÁNUCO, Anacleta Eugenio Huarauya Justiniano y otros.

no genera, *per se*, violación del derecho al debido proceso o a la tutela procesal efectiva; para que ello ocurra resulta indispensable la constatación o acreditación indubitable por parte de quien alega la violación del debido proceso, de que con la falta de una debida notificación se ha visto afectado de modo real y concreto el derecho de defensa u otro derecho constitucional directamente implicado en el caso concreto.

Asimismo en retirada jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la defensa comporta en estricto el derecho a no quedar en estado de indefensión en cualquier etapa de proceso penal, el cual tiene una doble dimensión: *una material*, referida al derecho del imputado o demandado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo, y otra *formal*, que supone el derecho a una defensa técnica, esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso.

El derecho a no quedar en estado de indefensión se conculca cuando los titulares de los derechos e intereses legítimos se ven impedidos de ejercer los medios legales suficientes para su defensa; no obstante, *no* cualquier imposibilidad de ejercer esos medios produce un estado de indefensión que atenta contra el contenido constitucionalmente protegido de dicho derecho, sino que es constitucionalmente relevante cuando se genera una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo (Exp. Nº 0582-2006-PA/TC; Exp. Nº 5175-2007-HC/TC, entre otros).

A partir del entendimiento genérico de la "defesa" como la acción de ampararse o protegerse, debemos precisar que la mencionada en la norma se refiere a la que resulta de un ataque, sindicación o imputación en cualquier actuación o trámite de carácter judicial o administrativo, vale decir, en los procesos que se siguen ante los jueces o en los procedimientos que se adelantan ante las autoridades administrativas de cualquier orden, y que consiste en la posibilidad de analizar, desentrañar, controvertir y refutar técnica, jurídica y probatoriamente las acusaciones recibidas en estos materias, derecho que, como puede verse, conlleva implícitamente los derechos a la libertad, a la seguridad y, obviamente, el de petición[117].

---

[117] HERRERA LLANOS, Wilson. *Régimen de la Rama Judicial Colombiana* (en) Revista de Derecho, Universidad del Norte, 23:341-391m 2005m p. 370.

3.2.- La defensa técnica como derecho:

La defensa de una persona es un elemento también clave de la configuración de la tutela procesal efectiva, puesto que un proceso no puede considerarse como respetuoso de la persona si no se le permite la posibilidad de presentar sus argumentos, estrategia y elementos de respaldo jurídico necesario. Así, la defensa también es un derecho-regla de la tutela procesal efectiva.

Sobre su reconocimiento normativo, debemos remitirnos a la Constitución cuando reconoce en su artículo 139°, inciso 14, la existencia de El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso (...).

Los instrumentos internacionales ponen énfasis en ámbitos específicos del derecho a la defensa. El artículo 11° de la Declaración Universal de Derechos Humanos insiste en que se aseguren a la persona todas las garantías necesarias para su defensa. A su vez, el artículo 14°, inciso 3, acápite "d" del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos considera pertinente requerir una defensa no sólo realizada a título personal, sino también a través de un a bogado. Por su parte, el artículo 8°, inciso 2, acápite c de la Convención Americana sobre Derechos Humanos concede el inculpado el tiempo y medios convenientes para que prepare y realice su defensa.

Teniendo en cuenta tales dispositivos, conviene preguntarse cuándo se produce una violación del derecho de defensa. Ello ocurrirá cuando una persona no logra ofrecer a quien la juzga los elementos necesarios para desvirtuar una acusación en su contra o para afirmar que tiene la razón en lo que alega. Pero no todo acto que imposibilita un correcto uso de la defensa produce un agravio al derecho.

A colación de lo expuesto, el Tribunal Constitucional español ha señalado, como parte de la Sentencia N° 237/1999, que:

(...) la indefensión, que se concibe constitucionalmente como la negación de la tutela judicial (...) ha de ser algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio, sin que le sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo (...). Por ello hemos hablado siempre de indefensión "material" y no formal, para la cual resulta necesaria pero no suficiente la mera transgresión de los requisitos configurados como garantía, siendo inexcusable la falta de ésta, cuando se produce de hecho y como consecuencia de aquélla. Puestas así las cosas en su punto final, parece claro que la omisión denunciada, podría ser reprochable en el plano de la legalidad y con efectos quizá en otros ámbitos, pero está desprovista de

trascendencia constitucional para considerar enervada o debilitada la efectividad de la tutela judicial[118].

3.3.- Del derecho fundamental a la prueba:

Este Tribunal Constitucional ha señalado (*cf.* STC010-2002-AI/TC, FJ 133-135) que el derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución. En este sentido, una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos. Sin embargo, como todo derecho fundamental, el derecho a la prueba también está sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados con otros derechos o bienes constitucionales –*límites extrínsecos*-, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión –*límites intrínsecos*-.

Sin embargo, el reconocimiento del derecho a la prueba en la normatividad es restringido, y se le relaciona casi exclusivamente con la presunción de inocencia. Por eso, normalmente aparece bajo la fórmula siguiente: "la persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad". Este es el enunciado utilizado en el artículo 2, inciso 24, acápite e, de la Constitución, que reproduce lo estipulado por el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y, en cierta forma, lo prescrito en los artículos 11, inciso 1, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 14, inciso 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8, inciso 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

No obstante, es menester considerar que el derecho a la prueba apareja la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances de la constitución y las leyes reconocen, los medios probatorios pertinentes para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor. Por ello, no se puede negar la existencia del derecho fundamental a la prueba. Constituye un derecho básico de los justificables producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso procedimiento tienen el derecho de producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa.

---

[118] Sentencia del 7 de octubre de 2006, EXP. Nº 6712-2005-HC/TC, LIMA, Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana

Se trata, pues, de un derecho complejo cuyo contenido, de acuerdo con lo señalado anteriormente por el Tribunal Constitucional (*vid.* STC 06712-2005/ HC/TC, FJ 15), está determinado:

(...) por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que éstos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado.

Como puede verse de los elementos que forman parte del contenido del derecho a la prueba, uno está constituido por el hecho de que las pruebas actuadas dentro del proceso penal sean valoradas de manera adecuada y con la motivación debida. De lo cual se deriva una doble exigencia para el Juez: en primer lugar, la exigencia del Juez de no omitir la valoración de aquellas pruebas que son aportadas por las partes al proceso dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales y a lo establecido en las leyes pertinentes; en segundo lugar, la exigencia de que dichas pruebas sean valoradas motivadamente con criterios objetivos y razonables.

Por ello, la omisión injustificada de la valoración de una prueba aportada por las partes, respetando los derechos fundamentales y las leyes que la regulan, comporta una vulneración del derecho fundamental a la prueba y, por ende, al debido proceso[119].

3.4. El sentido constitucional del derecho a la prueba.-

El derecho a probar es uno de los componentes elementales del derecho a la tutela procesal efectiva, pues, como ya lo ha señalado este Tribunal en la sentencia del Expediente Nº 010-2002-AI/TC, constituye un elemento implícito de tal derecho. Por ello, es necesario que su protección sea realizada a través del presente proceso constitucional.

Como se ha destacado, la tutela procesal efectiva está consagrada en la Constitución y en el Código Procesal Constitucional, y en su salvaguardia está relacionada con la necesidad de que, en cualquier proceso que se lleve a cabo,

---

[119] Sentencia del 8 de agosto de 2005. Exp. 4831-2005-PHC/TC. AREQUIPA, Rubén Silvio Curse Castro.

los actos que lo conforman se lleven a cabo en los cauces de la formalidad y de la consistencia, propias de la administración de justicia. Es decir, se debe buscar que los justiciables no sean sometidos a instancias vinculadas con la arbitrariedad o los caprichos de quien debe resolver el caso. El derecho a la tutela procesal efectiva se configura, entonces, como una concretización trasversal del resguardo de todo derecho fundamental sometido a un ámbito contencioso. Por ello, según lo señala la sentencia del Expediente Nº 200-2002-AA/TC, esta tutela:

(...) implica el respeto, dentro de todo proceso, de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable, para que una causa pueda tramitarse y resolverse en justicia. Tal es el caso de los derechos al juez natural, a la defensa, a la pluralidad de instancias, acceso a los recursos, a probar, plazo razonable, etc.

En este esquema, una de las garantías que asiste a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear la convicción en el juzgador de que sus argumentos son los correctos. De esta manera, si no se autoriza la presentación oportuna de pruebas a los justiciables, ¿se podrá considerar amparada la tutela procesal efectiva? Todo hace indicar que ello sería imposible. Sólo con los medios probatorios necesarios, el juzgador podrá sentenciar adecuadamente. Por ello, la ligazón entre prueba y tutela procesal efectiva es ineluctable; la primera constituye un derecho-regla de la segunda; una verdadera garantía de su ejercicio.

CUARTO: Que, establecido lo anterior, debemos destacar que el Juzgado Penal Unipersonal, expide sentencia de fecha treinta y uno de enero del dos mil once, obrante a fojas trescientos diez, consignando en su considerando décimo noveno, como argumento jurídico penal probatorio que, **Demetrio Abad Pari Aguilar:**

> *"En su calidad de subgerente de logística debe absolvérsele de los delitos de colusión, y omisión de deberes funcionales, por cuanto su conducta no configura delito de colusión, debiéndose tener presente que* ***el Ministerio Público no le ha imputado acción en el proceso de otorgamiento de la buena pro a SURMOTORS,*** *sino únicamente en lo que constituye el pago a Surmotors; En este extremo los medios probatorios ofrecidos no prueban que el acusado Demetrio Abad Paro Aguilar, haya concertado para que efectúe el pago por la compra de los camiones compactadores; Muy por el contrario, en el proceso* ***aparece que Demetrio Abad Peri Aguilar, quien se opuso al lago, hasta que se levanten las observaciones de fondo****, lo que se evidencia de las siguientes acciones:*

a) emitió el informe número 1541-2008-SGL-MPI, del ocho de agosto del 2008, donde afirmaba que no podría emitir la orden de compra para el pago de las compactadoras, por no contar con la conformidad del comité de recepción.

b) El día del pago, el 5 de setiembre del 2008, no se encontraba en la Municipalidad, ya que fue enviado en comisión a la ciudad de Arequipa, lo que está probado con su tarjeta de asistencia diaria al centro de trabajo.

c) Posterior al pago emitió el informe número 1789-2008, en el que solicita se aplique la penalidad a SURMOTORS.

d) Posterior al pago se entrevistó con el Alcalde para hacerle ver la irregularidad del pago, y fue despedido el dieciocho de setiembre del mismo año, no habiéndose cancelado sus beneficios hasta la fecha del presente juicio

*e) **En suma, la actuación probatoria del Ministerio Público, no ha desvirtualizado la presunción de inocencia de Demetrio Abad Pari Aguilar**"*

QUINTO: Que, ante lo cual el señor Fiscal Provincial de Investigación, mediante recurso de apelación de fojas trescientos ochenta y siete, postuló los siguientes agravios:

*"EN EL PUNTO DÉCIMO NOVENO: El Juzgado **señala que los medios probatorios ofrecidos no prueban que el acusado Demetrio Abad Parí Aguilar, haya concertado para que se efectúe el pago por la compra de los camiones compactadores.***

Está probado con el informe Nº 1758-2008-SGL-MPI, el procesado Pari Aguilar, firma el documento a efecto de dar trámite para el pago a la empresa Sur Motors, y éste tenía conocimiento de la existencia de la Comisión de Recepción, toda vez que los miembros fueron propuestos por él, conforme lo ha manifestado en juicio, y sin embargo, emite el documento con la conformidad dada por el Sub Gerente de Mantenimiento a la ciudad y Ornato procesado Melgar Vilca, sabiendo que quién tenía que dar la conformidad era la Comisión Especial de Recepción, lo cual no tuvo en cuenta al emitir el informe. Hecho que evidencia que desde un inicio los actos estaban conducidos a favorecer a la empresa y al pago de la empresa SurMotors, ello evidenciados desde la firma del contrato, hecho que

la aprecia con la carta 293-2007-OA-GAF-SGL-MPI la cual existe en duplicado con plazos distintos, una de cinco y diez días, otorgada a la empresa SUR MOTORS, lo que evidencias un suplantación de documentos para darle facilidades para la firma del contrato; y de otro es éste imputado quien le otorga la ampliación de plazo para la entrega de las compactadoras, sin verificar la idoneidad de los documentos presentados por la Empresa SUR MOTORS, referente a la huelga de los estibadores; y de otro lado, el imputado tenía conocimiento, máxime si éste ha participado en las reuniones para ver el problema de los camiones compactadores, más si éste tenía la función de Sub gerente de Logística, de él dependía el abastecimiento de los bienes de la Municipalidad y sumado a ello tiene la especialidad de Contrataciones del Estado, está probado, que tenía conocimiento de las observaciones de fondo de los compactadores, realizadas por Supervisor de Recolección el servidor Juan Cañi Benito, quién a su vez es chofer profesional, conforme se acreditó en juicio, no obstante ello el procesado Peri Aguilar, no aplicó la penalidad en su oportunidad a la empresa, no realizó ninguna acción a efecto de resguardar los intereses de la Municipalidad, todo lo contrario, había una dilación en el proceso favoreciendo a la empresa SurMotors, desde la concesión del plazo para la firma del contrato, así como para la entrega de las compactadoras, no verificó la documentación presentada por Sur Motors en la solicitud de ampliación, concediendo un plazo de 30 a 45 días, sin requerir a la empresa que tenía que ampliar el plazo de vigencia de la carta fianza, hechos que se tiene acreditados, lo que no ha tenido en cuenta el Juzgador."

SEXTO: Que, por su parte la Sala Penal de Apelación expide la sentencia de vista del once de julio del dos mil once, corriente a fojas cuatrocientos veintiséis, en el rubro "Determinación de Responsabilidad de los Acusados", estableció sintéticamente que: "*El acusado Demetrio Abad Pari emitió el informe de conformidad donde solicita que se tramite el pago conociendo que las observaciones en realidad no se habían levantado, aceptando las presiones y exigencias que señala le hacían*".

SÉTIMO: Que, a partir de los expuestos, constatamos que en la evolución de la pretensión punitiva –a partir del factum fijado por el Juez Unipersonal, pasando por la descripción de los hechos efectuados por el señor Fiscal Provincial hasta la expedición de la sentencia de vista-, concluimos en la ausencia de un desarrollo progresivo lógico, concatenado y concordante con el contradictorio sostenido desde el Juzgado Unipersonal para emitir sentencia absolutoria.

En efecto, conforme hemos sostenido líneas arriba, nuestro ordenamiento constitucional, prevé un conjunto de garantías procesales que sintetizan lo que constituye el debido proceso, dentro de los cuales se encuentra la referida a la tutela judicial efectiva, derecho de defensa, y motivación.

Dicha garantía, se manifiesta, entre otros, en el derecho a obtener una sentencia fundada en Derecho y, so contenido se forma con base en dos (2) exigencias: 1) que las sentencias sean motivadas; 2) que sean congruentes. Toda resolución judicial será siempre motivada, dada la exigencia que deriva de la proscripción de indefensión. Las partes en el proceso tienen derecho a que la resolución de la pretensión formulada, esté motivada.

Dicho derecho, si bien no exige un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado, de todos los aspectos y perspectivas que dichas partes puedan tener de la cuestión que se decide: sin embargo, la resolución debe estar apoyada en argumentos introducidos vía el contradictorio, desde el primer pronunciamiento jurisdiccional del Aquo; en efecto, la sentencia de vista del no tiene correspondencia con los puntos debatidos en el proceso penal y que fueron recogidos en la sentencia absolutoria, configurando con ello, además, un fallo sorpresivo.

OCTAVO: Que, efectivamente, la finalidad del proceso penal es principalmente la solución de conflictos mediante el pronunciamiento de una decisión, **que sea el resultado de un conjunto coordinado y concatenado de actos procesales donde se hayan cumplido con el mínimo de garantías constitucionales procesales**, pues el justiciable tiene derecho a obtener una decisión judicial motivada, razonada, congruente y respetuosa del derecho de defensa, imponiéndole como obligación al operador de justicia analizar los fundamentos de hecho controvertidos en el proceso, para determinar cuáles fueron los hechos alegados, cuáles fueron rebatidos por el acusado, para posteriormente fijarlos a través de la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, estableciendo las normas jurídicas que aplicará al caso en concreto y donde subsumirá los hechos fijados.

NOVENO: Que, por tanto este Supremo Tribunal, acogiendo los criterios antes transcritos, estima que la sentencia definitiva inobservó las garantías constitucionales de carácter procesal o material (concretamente por haberse vulnerado el debido proceso, derecho de defensa y falta de motivación).

DÉCIMO: Que, los criterios plasmados en los considerados tercero y siguientes, **EN ADELANTE DEBEN SER CONSIDERANDO COMO DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE CUMPLIMIENTO OBLIGATORIO**." (Sic.)

152

§152. Alcances del Principio de Imputación necesaria

Recurso de nulidad	956-2011- UCAYALI
Fecha	21 de marzo del 2012
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Salas Arenas, Neyra Flores y Morales Parraguéz.
Disposiciones estudiadas	Arts. 139º, 159º y 2º.24 "d" de la Const.

RESUMEN:

El principio de imputación necesaria es una manifestación del principio de legalidad y del principio de defensa procesal reconocido a nivel Constitucional. Resguarda que ***la acusación formulada por el Ministerio Público en su calidad de titular del ejercicio de la acción penal pública, deba ser ser cierta, precisa, clara y expresa, e incluir una descripción suficiente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamenta****.*

Por tanto, no es suficiente que la acusación cuente con la simple enunciación de los supuestos de hecho contenidos en las normas penales. Es necesario los supuestos de hecho tengan un adecuado correlato fáctico concreto, debidamente diferenciado y limitado respecto de cada uno de los encausados.

Será responsabilidad del Juez verificar que el Ministerio Público respete el principio de imputación necesaria.

FUNDAMENTOS:

"TERCERO: SUSTENTO NORMATIVO:

Consideraciones previas:

I. Conforme al artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, son principios y derechos de la función jurisdiccional (...) inc. 3) La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, en virtud el cual todo órgano que posea naturaleza jurisdiccional sea ordinario, constitucional y electoral, etcétera, debe respetar mínimamente las garantías que componen los derechos a la tutela jurisdiccional "efectiva" y al debido proceso, entre las que destacan los derechos al libre acceso a la jurisdicción, de defensa, a la prueba, a la motivación de las resoluciones judiciales, a la obtención de una resolución fundada en Derecho, independiente e imparcial entre otros derechos fundamentales.

II. Asimismo, el texto constitucional en el artículo ciento cincuenta y nueve establece que el Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal pública y tiene el deber de la carga de la prueba, bajo el principio de la ***imputación necesaria*** como una manifestación del principio de legalidad y del principio de la defensa procesal (art. 2.24 "d" y 139.14).

III. En virtud del mencionado principio, la jurisprudencia Constitucional ha señalado como "(...) ineludible exigencia que la acusación ha de ser cierta, no implícita, sino precisa, clara y expresa; con una descripción suficiente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamenta (...)", según el cual "*al momento de calificar la denuncia será necesario, por mandato directo e imperativo de la norma procesal citada, controlar la corrección jurídica del juicio de imputación propuesto por el fiscal, esto es, la imputación de un delito debe partir de una consideración acerca del supuesto aporte delictivo de todos y cada uno de todos y cada uno de los imputados*" (Fundamentos jurídico 13 de la STC Nº 4989-2006-PHC/TC).

IV. La imputación que se alude, supone la atribución de un hecho punible, fundado en el *factum* correspondiente, así como en la *legis* atinente y sostenido en la prueba, presupuestos que deben ser inescrupulosamente verificados por el órgano jurisdiccional que ejerciendo la facultad de control debe exigir que la labor fiscal sea cabal, que la presentación de los cargos, sea puntual y exhaustiva, que permita desarrollar juicios razonables.

V. No es suficiente la simple enunciación de los supuestos de hecho contenidos en las normas penales; estos deben tener su correlato fáctico concreto, debidamente diferenciado y limitado respecto de cada uno de los encausados, tanto más cuanto se trata de delitos de infracción de deber, donde las conductas están íntimamente vinculadas al cargo que desempeñan y la función que les es confiada.

VI. Asimismo el Acuerdo Plenario número seis-dos mil nueve/CJ-ciento dieciséis, precisa que "El Juez Penal tiene un control de legalidad sobre el ejercicio de la acción penal, por cuanto el procesamiento de quien resulte emplazado por el Fiscal requiere autorización o decisión judicial, por lo que corresponde al Juez el evaluar si la promoción de la acción penal se amolda a los requisitos que establece la ley procesal; dicho deber de control se intensifica en la etapa intermedia ante la acusación del señor Fiscal Superior, correspondiéndole entonces a la Sala Superior efectuar el control correspondiente.

VII. En el caso de autos no se evidencia labor de imputación necesaria eficiente, al tratarse de la formulación genérica de cargos, sin precisiones ni mucho menos una adecuada subsunción de las conductas incriminadas, lo que podría implicar la declaración de nulidad de la sentencia; empero, ello a la vez colisionaría con el principio de plazo razonable de procesamiento como contenido implícito del debido encausamiento, expresado en la potestad de los justiciables de acceder a la tutela judicial efectiva en observancia de principios y garantías constitucionales, concluyendo en un fallo justo, razonable y proporcional (...), situación que no ha de pasar inadvertida". (Sic.)

153

§153. Derecho a la defensa y notificación de actuaciones procesales

Recurso de nulidad	136-2018-CALLAO
Fecha	6 de marzo de 2018
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Sequeiros Vargas.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Sequeiros Vargas, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Art. IX del TP del NCPP

RESUMEN:

La salvaguarda del derecho de defensa es consustancial a la idea de un debido proceso. La posibilidad de su ejercicio presupone que quienes participan en un proceso judicial para la determinación de sus derechos y obligaciones tengan conocimiento, previo y oportuno, de los diferentes actos procesales que pudieran causarles afectación, a fin de que tengan la oportunidad de ejercer, según la etapa procesal de que se trate, los derechos procesales que correspondan. Su ejercicio, en muchos casos, depende, a su vez, de una oportuna notificación de los actos procesales; los problemas que se pueden derivar de la carencia de notificación no son ajenos al contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa.

FUNDAMENTOS:

SEGUNDO. FUNDAMENTOS DE LAS RESOLUCIONES DE JUZGADO Y SALA

En la sentencia de Juzgado la responsabilidad penal del encausado por el delito materia de acusación se sustentó en: **i)** las manifestaciones policial y

testimonial de Ana Cecilia Sotelo Urteaga de Alván, madre de la menor de iniciales T. A. S. U.; **ii)** la entrevista única en cámara Gesell de la referida menor; **iii)** el Protocolo de pericia psicológica número cero cero veintinueve cuarenta veinte trece-PSC, practicado a dicha menor agraviada, entre otros elementos probatorios. Seguidamente, apelada que fuera la sentencia de Juzgado en representación del procesado, una vez concedido y elevado el recurso de apelación a la Sala Superior, dicho medio impugnatorio fue resuelto en segundo grado con declaratoria de improcedencia y de nulidad de concesorio. El *Ad quem* consideró para su decisión que, de conformidad con el artículo trescientos sesenta y seis del Código Procesal Civil, el recurrente hizo referencia a cuestiones generales descontextualizadas del proceso sin que fundamente el error de hecho alegado y en el que habría incurrido el *Ad quo.*

TERCERO. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE PRONUNCIAMIENTO

Del recurso de nulidad y en atención a lo expresado en la Ejecutoria Suprema que declaró fundado el recurso de queja excepcional interpuesto por la defensa técnica del agraviado, se tiene que el problema jurídico central en torno al cual esta Sala Suprema debe pronunciarse estriba en determinar si cabe que emita un pronunciamiento de fondo respecto a la presente causa, aun cuando no se haya notificado debidamente al encausado la sentencia de Juzgado; o, en su defecto, determinar el momento procesal al cual se retrotraería la presente causa como consecuencia de la nulificación a la que hubiera lugar por el referido vicio en la notificación.

CUARTO. FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

4.1. La salvaguarda del derecho de defensa es consustancial a la idea de un debido proceso. La posibilidad de su ejercicio presupone que quienes participan en un proceso judicial para la determinación de sus derechos y obligaciones tengan conocimiento, previo y oportuno, de los diferentes actos procesales que pudieran causarles afectación, a fin de que tengan la oportunidad de ejercer, según la etapa procesal de que se trate, los derechos procesales que correspondan. Su ejercicio, en muchos casos, depende, a su vez, de una oportuna notificación de los actos procesales; los problemas que se pueden derivar de la carencia de notificación no son ajenos al contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa.

4.2. Del análisis de actuados, en primer lugar, se advierte que no consta fehacientemente que, conforme a lo solicitado por la defensora pública que se

le designó en la audiencia de lectura de sentencia (cfr. considerando uno punto uno de la presente Ejecutoria), se haya cumplido con notificar al encausado la sentencia de Juzgado a su domicilio real. En tal sentido, debe precisarse que no se verifica lo señalado en la resolución del veintiséis de octubre de dos mil quince, expedida por el Juez del Sexto Juzgado Penal del Callao, que concede el recurso de apelación, según lo cual se cumplió con notificar al encausado la sentencia de primera instancia a su domicilio real consignado en su declaración instructiva (cfr. considerando uno punto tres de la presente Ejecutoria).

4.3. Del cargo de notificación que obra a foja ciento ochenta y siete se advierte un sello de la central de notificación, el cual da cuenta de una notificación devuelta en virtud de la no existencia del número mil quinientos ocho en la avenida Venezuela, Ciudad del Pescador. Si bien obra un sello del servicio de notificaciones que indica "recibido el dieciséis de octubre de dos mil dieciséis", no se advierte que se consigne que la notificación de la sentencia de primera instancia se haya hecho efectiva en el asentamiento humano Ancieta Alta, manzana L, lote treinta y dos, El Agustino (domicilio real del encausado, señalado en su declaración instructiva –foja ciento cuarenta uno–). En tal sentido, se reitera que no se puede afirmar con certeza que el encausado haya tenido conocimiento oportuno de la sentencia de primera instancia, lo cual impidió que, en el ejercicio de su derecho de defensa, su –valga la redundancia– defensa técnica de libre elección interponga y fundamente de manera adecuada el respectivo recurso de apelación, oportunamente, acorde a sus legítimos intereses y de conformidad con la normatividad procesal aplicable.

4.4. No corresponde emitir pronunciamiento de fondo. Esto no solo por la vulneración al derecho de defensa al que se ha hecho referencia en el considerando precedente, sino también porque ni en el recurso de nulidad ni en la queja excepcional interpuesta se ha hecho alusión a cuestionamientos de irresponsabilidad penal o a la pena, respecto a los fundamentos de la sentencia de primera instancia, lo cual podría haber propiciado que, en virtud del principio de celeridad y economía procesal, esta Sala Suprema resuelva el fondo de la controversia.

4.5. Ahora bien, en atención a lo expuesto, en principio, correspondería que la causa se retrotraiga al momento en el cual se produjo el vicio consistente en la indebida notificación. No obstante, en tanto que consta en los actuados que, ya con abogado privado de libre elección designado por el encausado, se presentaron escritos de apelación en los cuales se amplía lo expresado en el recurso de apelación interpuesto por la defensora pública y, asimismo, se señala fundamentación en la cual se cuestiona la sentencia condenatoria de primera instancia (cfr. considerandos

uno punto seis, uno punto diez y uno punto trece de la presente Ejecutoria), esta Sala Suprema considera que no resulta necesario retrotraer la presente causa al momento procesal de la indebida notificación. Finalmente, el encausado expresó su voluntad impugnativa a través de los referidos escritos relativos a su apelación, de lo cual se desprende que llegó a tener conocimiento de la sentencia de primera instancia. En tal sentido, corresponde que, en virtud del principio de celeridad y economía procesal, se tenga por integrado el recurso de apelación interpuesto por la defensora pública (cfr. considerando uno punto dos de la presente Ejecutoria) con los escritos de apelación presentados por la defensa técnica privada del encausado (cfr. considerandos uno punto seis, uno punto diez y uno punto trece de la presente Ejecutoria); y que, en consecuencia, otro Colegiado Superior, previa vista de la causa, emita el nuevo pronunciamiento que corresponda.

E. DERECHO DE DEFENSA EN EL ANTIGUO PROCESO PENAL

154

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

Acuerdo Plenario	5-2007/CJ-116
Fecha	16 de noviembre de 2007
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Lecaros Cornejo
Jueces Supremos	Salas Gamboa, Sivina Hurtado, San Martín Castro, Villa Stein, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Lecaros Cornejo, Valdez Roca, Molina Ordóñez, Príncipe Trujillo, Santos Peña, Calderón Castillo, Rojas Maraví y Urbina Ganvini.
Disposiciones estudiadas	Arts. 300º del ACPP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	8° al 12°

RESUMEN:

El non reformatio in peius es una ***garantía destinada a revisar, a instancia del afectado, una resolución judicial en aquellos ámbitos expresamente cuestionados****. De esa manera es que* ***limita la competencia del Tribunal de Revisión a no alterar el resultado final en perjuicio del recurrente****. Así, mientras no se modifique lesivamente el quantum de la pena, es posible que la Sala revisora pueda variar el grado de consumación del delito, el grado de participación del agente y la calificación de la pena de accesoria a principal o viceversa. En la misma lógica es que también puede integrar el fallo con una pena principal o accesoria prevista en la Ley y no impuesta en la sentencia, integrar el fallo con el plazo de la pena de inhabilitación o el monto de la multa cuando la sentencia recurrida los ha omitido o disponiendo el tratamiento terapéutico a que se refiere el artículo 178-A del Código Penal.*

FUNDAMENTOS:

"**8°.** Con esa premisa es del caso analizar si en el supuesto que el recurso impugnativo haya sido interpuesto sólo por el imputado o por la Fiscalía en su defensa, la Sala revisora puede, según el caso:

A. Variar el grado de consumación del delito (de tentativa a delito consumado)

B. Variar el grado de participación (por ejemplo de cómplice secundario a cómplice primario o instigador o autor).

C. Variar la pena de principal a accesoria o viceversa.

D. Integrar el fallo con una pena principal o accesoria prevista en la Ley y no impuesta en la sentencia.

E. Integrar el fallo con el plazo de la pena de inhabilitación o el monto de la multa cuando la sentencia recurrida los ha omitido.

F. Integración del fallo disponiendo el tratamiento terapéutico a que se refiere el artículo 178-A del Código Penal.

9°. En lo pertinente a los puntos A, B y C del fundamento jurídico anterior se tiene que tomar en cuenta que mientras no se modifique lesivamente el quantum de la pena, es posible variar el grado de consumación, el grado de participación del agente así como la calificación de la pena de accesoria a principal o viceversa. Para ello se requiere que se establezca motivadamente la existencia de un error de apreciación jurídica en la sentencia recurrida. El único límite para el Tribunal de Revisión es que no se varíe negativamente la clase y extensión de las consecuencias jurídicas. La subsanación del error en que incurrió la sentencia impugnada no debe perjudicar la situación jurídica del imputado recurrente ni comprometer lesivamente el ámbito de la ejecución penal.

Con respecto a la pena de inhabilitación es de precisar que ésta puede ser principal o accesoria –así, artículo 37° del Código Penal-, así como que la inhabilitación accesoria se extiende por igual tiempo que la pena principal [artículo 39° del Código Penal], mientras que la inhabilitación impuesta como pena principal se extiende de seis meses a cinco años [artículo 38° del Código Penal]. En consecuencia, y bajo los criterios ya establecidos, más allá de los supuestos en que resulta menester su imposición –diferentes, según se trate de inhabilitación principal o accesoria-, la variación de esa pena, a principal o accesoria según el

caso, cuyos alcances a los derechos objeto de restricción no presentan diferencias entre ambas clases de penas- en uno u otro caso será factible siempre que el resultado final no redunde en perjuicio del recurrente.

10°. Es importante destacar, respecto del contenido o alcance de la non reformatio in peius, que un posible cambio en la calificación jurídica de los hechos por el Tribunal de Revisión será factible si: a) en aras del derecho a ser informado de la acusación se dé conocimiento de la alteración al recurrente con el objeto de que éste pueda contradecirla –los agravios del recurso comprendan ese debate-; y, b) que el cambio no conlleve un aumento de la pena o un cambio del tipo de pena que le suponga perjuicio. Es obvio que el cambio de calificación no puede suponer en ningún caso la introducción de nuevos hechos ni la alteración esencial de lo que constituyeron el objeto del proceso en primera instancia.

11°. Otra solución debe darse cuando el Tribunal de Instancia no impone una pena que la ley establecía para el caso juzgado. Cuando, ilegalmente, se omite establecer una de las penas conjuntas: multa o inhabilitación, por ejemplo. Salvo el caso de la omisión en la fijación de cuantías o tiempos determinados, cuyo límite en esos casos corresponde al petitorio de las partes, delimitados legalmente pero sin exceder el ámbito del recurso –principio acusatorio-, no es posible que de oficio, sin contradicción y en perjuicio del imputado, más allá de su legalidad, el Tribunal Revisor integre el fallo recurrido. Hacerlo importaría modificar la pena en la extensión de sus consecuencias jurídicas, lo que está prohibido por el indicado principio.

El recurso es una garantía primordial destinada a revisar, a instancia del afectado una resolución judicial –principio dispositivo- en aquellos ámbitos expresamente cuestionados –principio tantum devolutum quantum apellatum-, que como tal limita la competencia del Tribunal de Revisión a no alterar el resultado final en perjuicio del recurrente.

En estos casos, como el principio analizado –de relevancia constitucional- impide al Tribunal de Revisión modificar de oficio la sentencia agravando las consecuencias jurídicas si sólo fue el apelante el condenado prevalece incluso respecto del de estricta sumisión del Juez a la Ley para corregir de oficio en la alzada errores evidentes en la aplicación de la misma en la sentencia. Hacerlo importaría agravar la situación jurídica del recurrente como consecuencia de su propio recurso con serio riesgo a la seguridad jurídica.

12°. No vulnera el principio de interdicción de la reforma peyorativa cuando el Tribunal de Revisión integra el fallo de instancia e impone la medida de tratamiento terapéutico en los delitos contra la libertad sexual [artículo 178°-

A del Código Penal, incorporado por la Ley número veintiséis mil doscientos noventitrés]. El tratamiento terapéutico es una medida de seguridad, no es una pena. Su objetivo es la facilitación de la readaptación social del condenado, y como no altera el sentido de la sanción ni la modifica lesivamente en lo que respecta a su extensión o intensidad represiva, no puede afectarle la interdicción de la reforma peyorativa. En consecuencia, como no importa una agravación del entorno jurídico del imputado, la integración del fallo y su incorporación al mismo, no solo es posible sino necesario."

155

§155. Cómputo del plazo para fundamentar el Recurso de Nulidad

Recurso de nulidad	302-2012-HUANCAVELICA
Fecha	08 de julio del 2013
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia
Jueces Supremos	Villa Stein, Pariona Pastrana, Salas Arenas, Barrios Alvarado y Tello Gilardi.
Disposiciones estudiadas	Arts. 139° de la Const.; 289°, 294°, 295°, 300° y 301°-A del ACPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	4° al 9°

RESUMEN:

La fundamentación del recurso de nulidad no es, como se puede pensar, un deber jurídico que importa la obligación de presentar dicha fundamentación para que el recurso pueda ser concedido. Es, en cambio, una carga procesal en sentido estricto, pues es una potestad del recurrente que nace al producirse la interposición del mismo. Para ello, el plazo de diez días debe computarse desde el momento en que el medio impugnatorio es interpuesto.

En este sentido es que debe entenderse que los arts. 289° y 295° del Código de Procedimientos Penales no mencionan el plazo para que el Tribunal entregue la sentencia escrita a las partes, debido a que el sistema de medios de impugnación del Código no permite que la sentencia sea presentada con posterioridad al momento en el cual es emitida, por lo que el Órgano Jurisdiccional tiene el deber de entregar la sentencia una vez que la misma haya sido leída.

FUNDAMENTOS:

"TERCERO: INTERPRETACIÓN DE LA NORMA PROCESAL PENAL.-

Que, la norma no establece expresamente el momento como debe iniciarse el cómputo del plazo de fundamentación del recurso de nulidad, existiendo al respecto diversas interpretaciones en torno a ello: a) la primera interpretación considera que el plazo de fundamentación debe iniciarse desde el momento el cual el órgano jurisdiccional admitió el recurso de nulidad, y, requirió al impugnante la fundamentación del mencionado recurso. En este sentido, existe jurisprudencia con carácter vinculante recaído en el recurso de nulidad número mil cuatro guión dos mil cinco guión Huancavelica, del veinticinco de mayo de dos mil cinco, estableciendo que: "(...) *el plazo de diez días a que hace referencia el apartado cinco del artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve, corre desde el día siguiente a la notificación de la resolución de requerimiento para su fundamentación –en caso el recurso se interponga por escrito, fuera del acto oral,* oportunidad a partir de la cual el impugnante tiene certeza de la viabilidad inicial o preliminar del recurso que interpuso: que aun cuando en anteriores decisiones este Supremo Tribunal estimó que el plazo para la fundamentación o formalización del recurso corría desde el día, o al día siguiente, de la interposición del recurso, es del caso fijar con carácter estable y de precedente vinculante, con arreglo a lo dispuesto por el apartado uno del artículo trescientos uno guión A, del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve, el criterio que ahora se enuncia: que a lo expuesto en el considerando anterior; seguridad o certeza respecto a la viabilidad inicial o preliminar del recurso interpuesto, es de añadir no sólo que el apartado cinco de la disposición antes referida no estipula taxativamente el criterio anteriormente enunciado: transcurso del plazo sin atender al decreto del Tribunal mediante el cual se requiere al impugnante la fundamentación del recurso interpuesto, sino que también se trata de una norma que integra el derecho al recurso legalmente previsto, el cual forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional reconocido por el inciso tres del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución, en cuya virtud es menester adoptar el criterio jurisprudencial más favorable a la viabilidad, ejercicio y eficacia de la admisibilidad de la impugnación, esto es, realizar una lectura flexible y amplia de la legalidad en orden al derecho al recurso... (Cursivas originales).

CUARTO: Que, analizando la anterior Ejecutoria Suprema podemos observar que ella centra sus argumentos en dos puntos. En primer lugar, considera que la norma no expresa taxativamente que el cómputo del plazo comience desde el día siguiente de la interposición del recurso de nulidad. En segundo lugar, considera que se debe adoptar el criterio jurisprudencial más favorable a la viabilidad, ejercicio y eficacia de la admisibilidad de la impugnación, conforme se desprendería del derecho a la tutela jurisdiccional que se deriva del numeral tercero del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado. Los argumentos antes expuestos carecen de fundamentación, lo que hace que de plano deba rechazárselos.

Efectivamente, la norma procesal no señala cuál es el momento que marca el inciso del plazo para fundamentar el recurso de nulidad. Esta omisión en la norma no puede ser usada como un argumento central para establecer que una determinada postura deba ser asumida, debiéndose obviar la otra. El efecto de esta omisión para el intérprete es que él deberá, mediante alguna técnica de interpretación, establecer dicha fecha. Por ello, este argumento carece de fuerza suficiente para ser tomado en consideración.

En lo referente al segundo punto, podemos señalar que el numeral tercero del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución, efectivamente prevé el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, y, a su vez prevé el derecho al recurso; sin embargo, la mencionada norma no hace referencia directa o implícita al contenido que se menciona en la ejecutoria referida (el criterio jurisprudencial más favorable a la viabilidad, ejercicio y eficacia de la admisibilidad de la impugnación).

La existencia del mencionado criterio puede derivarse de la norma antes mencionada, pero el razonamiento por el que se considera que debe producirse esta derivación ha de estar especialmente motivado en la Ejecutoria antes acotada, lo cual ha sido claramente omitido. Vale decir, el intérprete debe señalar las razones por las cuales considera que existe este criterio, y por qué razón el mismo es aplicable en la interpretación realizada; situación que implica su revisión.

QUINTO: Que, el principal argumento jurídico con el que podría sustentarse este planteamiento –aunque no ha sido invocado en la ejecutoria descrita- es considerar que el Tribunal Superior tiene el deber de notificar a las partes el requerimiento de la fundamentación del recurso de nulidad. Podemos observar que ninguna norma fija la existencia de este deber, por lo tanto, en sentido estricto, no puede considerarse el surgimiento de un deber ahí donde el mismo no ha sido fijado por una norma.

Ahondando en el requerimiento podemos observar que este acto jurídico tiene un presupuesto claro: la existencia de un deber jurídico. Sólo es posible emitir un requerimiento ahí donde exista un deber que no haya sido cumplido por el requerido. Sostener que el Tribunal debe requerir al recurrente la fundamentación del recurso de nulidad implica sostener que el recurrente tiene el deber de fundamentar el recurso. Aparentemente es un deber jurídico, pues importaría una obligación de presentar esta fundamentación para que el recurso pueda ser concedido. Sin embargo, un análisis más profundo evidencia que no nos encontramos frente a un deber jurídico, sino que nos hallamos frente a una carga procesal en sentido estricto. Se trata de una carga al no generarse una obligación al recurrente de fundamentar el recurso de nulidad, sino que es una potestad suya el realizarlo. Esta potestad surge desde el momento en el cual se produce la interposición del recurso. Al no ser un deber jurídico, sino tratarse de una carga procesal, entonces no existe ningún deber del Tribunal de requerir la fundamentación al recurrente.

La segunda interpretación posible es considerar que el cómputo del plazo para fundamentar el recurso de nulidad comienza desde el momento en que se interpone este medio impugnatorio; la presente interpretación es la asumida por este Supremo Tribunal toda vez que, al no existir un deber del Tribunal de requerir la fundamentación del recurso de nulidad, entonces queda claro que –por mandado de la norma procesal (art. 300.5 del Código de Procedimientos Penales, que debe ser interpretado sistemáticamente conjuntamente con los artículos: 289,294 y 295 del Código de Procedimientos Penales)- el plazo que tienen las partes para fundamentar el recurso de nulidad se activa con la sola interposición del mismo, lo cual constituye una carga que tiene un plazo de diez días para ser satisfecha.

SEXTO: Que, el Tribunal Constitucional también se pronunció sobre el inicio del cómputo para fundamentar el recurso de nulidad, señalando que si bien los ahora demandantes solicitaron en su oportunidad que el plazo de diez días para la fundamentación de su recurso de nulidad sea computado a partir de la fecha de notificación de la resolución que les concede dicho recurso impugnatorio, dicha solicitud es contraria al artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales; que, conforme a la redacción vigente al momento de interponerse el recurso de nulidad a que se ha hecho referencia, establecía que "El Ministerio Público, el sentenciado y la parte civil deberán fundamentar en un plazo de diez días el recurso de nulidad, en cuyo defecto se declarará inadmisible dicho recurso". En consecuencia, no puede pretenderse que los escritos

presentados tengan efectos habilitantes para el cómputo del plazo legalmente establecido[120]. Al respecto se puede colegir que, si bien tampoco realiza una mayor fundamentación, considera que el plazo para fundamentar el recurso de nulidad comienza a computarse desde el momento en el cual se interpuso.

Que, resulta oportuno resaltar que al tratarse de una sentencia del Tribunal Constitucional, la cual versa sobre una interpretación procesal con efecto abstracto y no concreto, la misma debe ser tomada en consideración para apoyar la postura asumida.

SÉTIMO: EFECTOS EN EL TIEMPO DE LA PRESENTE SENTENCIA.-

Que, el precedente judicial tiene como objeto fijar una línea de interpretación que pueda perdurar en el tiempo. El principal efecto del precedente es la generación de seguridad en el operador jurídico como consecuencia de la previsibilidad de la decisión, en tanto, la resolución del problema jurídico implícitamente trae consigo la creación de una regla para casos estructuralmente similares. La regla fijada en el precedente es el equivalente funcional a una norma emitida por el poder legislativo. Por ende, también es posible aplicar las reglas de interpretación de las normas en el tiempo a una regla fijada a través del precedente, siendo la pauta general la aplicación inmediata de la ley procesal.

En este caso, estaríamos frente a aplicación inmediata de una regla que fija efectos procesales. Aparentemente este razonamiento podría atentar contra los fundamentos del precedente judicial, porque desestabilizaría la seguridad generada por el anterior precedente. Ello es parcialmente correcto, pues efectivamente la aplicación inmediata de una regla a casos anteriores a su vigencia puede traer efectos perjudiciales para la seguridad jurídica; sin embargo, la discusión en torno a este punto ya ha sido decidida por nuestro Tribunal Constitucional al determinar que: "... En el caso de las normas procesales penales rige el principio *tempus regit actum*, cuyo enunciado es que la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolverse el acto. Esto supone la aplicación inmediata de la ley procesal, mas no que a través de ella se regulen actos procesales ya cumplidos con la legislación anterior"[121].

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

---

120 STC. Exp. Nº 10227-2006-HC/TC, caso RODRÍGUEZ OLIVA, Fundamento Jurídico Nº 3.

121 STC: EXP. Nº 2196-2002-HC/TC, caso SALDAÑA SALDAÑA, Fundamento Jurídico Nº 8.

sido presentada dentro de los diez días de interpuesto el mencionado recurso. Este precedente es de aplicación inmediata, en tanto, la regla creada no se avoca a un análisis de una norma sustantiva, sino se trata de una norma procesal. Por ello, de acuerdo a la señalada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y extrapolando las reglas de aplicación en el tiempo de la norma penal, la regla creada en este precedente será de aplicación inmediata.

OCTAVO: LA NOTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA PENAL.-

Que, la casuística ha demostrado que existen dos problemas en torno a la notificación de la sentencia, los cuales podrían desvirtuar el efecto de la primera sentencia, perjudicando indebidamente a las partes. El primero es la indebida práctica judicial de leer exclusivamente la parte relativa al fallo, obviando los considerandos que sustentan la sentencia. El segundo es la práctica de entregar la sentencia escrita de forma posterior al momento en el cual es leída en la audiencia. El elemento común en ambos problemas es la ausencia de una resolución escrita que sea notificada a las partes.

La emisión de una resolución escrita es una exigencia derivada de la misma Constitución Política del Estado, establecida en su numeral cinco del artículo ciento treinta y nueve, que señala: "La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan".

La praxis judicial ha demostrado que las resoluciones judiciales leídas en audiencia pública no son entregadas inmediatamente a las partes. Esta entrega es justificada alegando que la resolución ha de ser mejorada. El principal problema que trae consigo esta demora en cumplir el mandato constitucional es que se impide a las partes poder impugnar debidamente la resolución. El objeto de impugnación tiene que ser de conocimiento de las partes que van a recurrirlo con anterioridad al ejercicio de este derecho.

De forma fáctica se cumple este mandato al oralizar la sentencia, pues las partes tienen el conocimiento probable del objeto de impugnación; sin embargo, esta acción limita la posibilidad de impugnarla, ya que el objeto de esta no será la motivación expresada en la audiencia, sino la expresada en la resolución escrita.

Los artículos doscientos ochenta y nueve y doscientos noventa y cinco del Código de Procedimientos Penales establecen el plazo para interponer el recurso de nulidad; sin embargo, no estos artículos u otros del mencionado cuerpo adjetivo,

no mencionan la existencia de un plazo para que el Tribunal entregue la sentencia escrita a las partes. La omisión señalada no es un hecho casual, sino que tiene un sentido claro: el sistema de medios de impugnación del Código no permite que la sentencia sea presentada con posterioridad al momento en el cual es emitida. Por esta razón es que el plazo para interponer el recurso de nulidad, en caso de sentencias, es en el mismo acto oral o en caso de reserva su derecho dentro de las veinticuatro horas posteriores a su lectura, presumiéndose que la resolución leída en audiencia es la misma que será entregada al final.

NOVENO: Que, del anterior razonamiento se desprende que el Tribunal tiene el deber de entregar la sentencia una vez que la misma haya sido leída. Si bien es cierto, la praxis judicial ha demostrado que ello no ha sucedido así, no implica que ello deba ser así, pues la realidad no puede supeditar la vigencia de una norma. Esta praxis debe de ser evitada porque afecta directamente al derecho al recurso, el cual forma parte del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. El incumplimiento de este deber puede considerarse como una negligencia grave, lo cual deberá ser analizado en cada caso concreto, pudiendo generar responsabilidad funcional en los intervinientes en esta acción." (Sic).

156

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

Recurso de Nulidad	798-2005-ICA
Fecha	22 de agosto de 2005
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República
Jueces Supremos	Sivina Hurtado, San Martín Castro, Palacios Villar, Lecaros Cornejo y Molina Ordóñez.
Disposiciones estudiadas	Art. 285°-A del ACPP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	2°

RESUMEN:

La sentencia emitida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que se pronuncia sobre un recurso de nulidad interpuesto por las partes es ***definitiva e inmodificable, por lo que contra ella no procede ningún recurso.*** *Las únicas vías por las que se puede cuestionar indirectamente el fallo invocando son, por un lado,* ***considerando los posibles vicios de procedimiento en la tramitación del recurso****; y, por otro, observando* ***vicios por defecto de la propia sentencia de mérito****. Sin embargo, esta segunda opción debe considerarse de forma extremadamente restrictiva y sólo cuando se haya vulnerado el principio de congruencia entre pretensión impugnatoria y absolución del grado o sentencia proferida.*

FUNDAMENTOS:

"**SEGUNDO:** Que, como criterio rector, es del caso dejar sentado que ***la sentencia o Ejecutoria que emite la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, pronunciándose sobre el recurso de nulidad interpuesto por las partes en el ámbito de sus derechos e intereses legítimos***, por su propia naturaleza y jerarquía, ***es definitiva e inmodificable*** –salvo, claro está, los supuestos de

aclaración y corrección de resoluciones-, y contra ella no procede recurso alguno, menos articulación de nulidad de actuados basada en motivos de mérito, que en buena cuenta persiguen un reexamen del recurso o cuestión controvertida definitivamente resuelta.

Que, asimismo, excluida in limine toda alegación que pretenda una nueva valoración de la cuestión jurídica decidida, y en tanto ello no implique volver a examinar lo ya resuelto –alegando supuestos vicios in iure-, sólo es posible cuestionar indirectamente el fallo invocando, de un lado, vicios de procedimiento en la tramitación del recurso en la propia Sala Penal, siempre que importen una efectiva indefensión a la parte afectada, y, de otro lado, pero muy restrictivamente, vicios por defecto de la propia sentencia de mérito, y sólo cuando se vulnere el principio de congruencia entre pretensión impugnatoria y absolución del grado o sentencia proferida, cuyo amparo por lo demás está sujeto a que ese tema no haya sido tratado implícita o explícitamente en el fallo al respeto al principio de enmienda y conservación de los actos procesales; que fuera de esos vicios, que suponen infracción de la norma que guía el trámite del procedimiento impugnatorio en la Corte Suprema de Justicia o cautela la configuración del fallo en orden a lo que se debe decidir, siempre que sobre los alcances de la congruencia no exista una motivación puntual en el propio fallo, no cabe articulación alguna contra la Ejecutoria Suprema y, extensivamente, contra una sentencia que resuelva el objeto procesal de una causa en vía recursal, y siempre en este último caso que no exista contra la misma un recurso impugnatorio posible de interponerse y el punto no haya sido objeto de la pretensión impugnatoria por haberse seguido sorpresivamente luego de su expedición."

157

§157. Recurso de nulidad. Plazo para su fundamentación

Recurso de nulidad	1004-2005-HUANCAVELICA
Fecha	25 de marzo del 2005
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República
Jueces Supremos	Sivina Hurtado, San Martín Castro, Palacios Villa, Lecaros Cornejo y Molina Ordóñez.
Disposiciones estudiadas	Arts. 300°.5 y 301°-A del ACPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	3°

RESUMEN:

El derecho al recurso forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional en cuya virtud es menester ***adoptar el criterio jurisprudencial más favorable a la viabilidad, ejercicio y eficacia de la admisibilidad de la impugnación.***

FUNDAMENTOS:

"***TERCERO:*** Que la señora Fiscal Suprema propone se declare la nulidad del concesorio del recurso de nulidad interpuesto por el señor Fiscal Superior, porque se fundamentó fuera del plazo de ley, y por los acusados Santoyo Gómez y Quispe Anccasi porque se presentó extemporáneamente.

Que la sesión final de la audiencia se realizó el viernes catorce de enero de dos mil cinco, ocasión en que todos los recurrentes se reservaron su derecho de recurrir -véase acta de fojas cuatro mil seiscientos cuarenta y tres-, y la impugnación de los acusados Santoyo Gómez y Quispe Anccasi fue interpuesta el lunes diecisiete de ese mes, esto es, dentro del día siguiente de expedido el fallo como lo ordena el artículo doscientos ochenta y nueve del Código de Procedimientos Penales; que el Fiscal fue notificado del decreto que le concedía diez días para fundamentar el

recurso de nulidad el veintiuno de enero de dos mil cinco como se aprecia de fojas cuatro mil seiscientos cincuenta y uno y la formalización del mismo se interpuso el tres de febrero de dos mil cinco según se advierte de fojas cuatro mil seiscientos ochenta y uno, esto es, al octavo día.

Que, por consiguiente, los recursos están bien interpuestos y formalizados, y el concesorio de fojas cuatro mil setecientos ocho está arreglado a ley.

Que es de precisar que el plazo de diez días a que hace referencia el apartado cinco del artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve, corre desde el día siguiente de la notificación de la resolución de requerimiento para su fundamentación -en caso el recurso se interponga por escrito, fuera del acto oral-, oportunidad a partir de la cual el impugnante tiene certeza de la viabilidad inicial o preliminar del recurso que interpuso.

Que aún cuando en anteriores decisiones este Supremo Tribunal estimó que el plazo para la fundamentación o formalización del recurso corría desde el día, o al día siguiente, de la interposición del recurso, es del caso fijar con carácter estable y de precedente vinculante, con arreglo a lo dispuesto por el apartado uno del artículo trescientos uno-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve, el criterio que ahora se enuncia;

Que a lo expuesto en el considerando anterior: seguridad o certeza respecto a la viabilidad inicial o preliminar del recurso interpuesto, es de añadir no sólo que el apartado cinco de la disposición antes referida no estipula taxativamente el criterio anteriormente enunciado: transcurso del plazo sin atender al decreto del Tribunal mediante el cual se requiere al impugnante la fundamentación del recurso interpuesto, sino también que se trata de una norma que integra el derecho al recurso legalmente previsto, el cual forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional reconocido por el inciso tres del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución, en cuya virtud es menester adoptar el criterio jurisprudencial más favorable a la viabilidad, ejercicio y eficacia de la admisibilidad de la impugnación, esto es, realizar una lectura flexible y amplia de la legalidad en orden al derecho al recurso." (Sic.)

158

§158. Determinación del plazo del acto de fundamentación del recurso de Nulidad

Sentencia Plenaria	1-2013/301-A.2-ACPP
Fecha	06 de agosto del 2013
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo y Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Arts. 139º.6 y 139º.9 de la Const.; 300º.5 del ACPP.

RESUMEN:

El derecho al recurso es parte del contenido constitucionalmente protegido de la garantía genérica del debido proceso. Por tanto, la interpretación de las normas reguladoras de los recursos no debe ser restrictiva, sino que se le debe enfocar, en lo que sea necesario, a la eficacia de dicho derecho.

En este sentido, ***los plazos a los que se encuentra sujeto el derecho a impugnar no son un obstáculo para su ejercicio****, ya que son una necesidad que responde a una recta tramitación de los procesos y la seguridad jurídica de las partes. Así, se interpreta que* ***el cómputo del plazo para la fundamentación del recurso ha de iniciarse desde el día siguiente al propio acto de interposición del mismo****. Promovido el recurso impugnatorio, la parte recurrente tiene la carga de fundamentarlo en el plazo de diez o cinco días, según la naturaleza de la resolución que cuestiona.*

Paralela a la carga procesal de las partes recurrentes de fundamentar el recurso, se encuentra la ***obligación del Órgano Jurisdiccional de entregar a todas las partes, acabada la audiencia o el acto de lectura del auto o sentencia, la resolución correspondiente****, pues la Ley dispone la lectura de un auto o de una*

sentencia que contenga los requisitos que la norma procesal exige y, además, porque así se dota de estabilidad y fijeza a las resoluciones jurisdiccionales.

FUNDAMENTOS:

"1º. Que se debe tener presente que el derecho al recurso integra el contenido constitucionalmente garantizado de la garantía genérica del debido proceso. Toda resolución jurisdiccional: sentencia y autos equivalentes, en virtud de la norma constitucional respectiva (artículo ciento treinta y nueve, numeral seis, de la Constitución) debe ser objeto de un recurso ordinario y devolutivo. Esto es lo que se denomina, por el texto fundamental, pluralidad de la instancia, que el artículo décimo del Título del Código Procesal Civil -Ley Procesal Común- lo concentra en dos instancias -doble grado de jurisdicción-, y que el artículo once de la Ley Orgánica del Poder Judicial afirma, de un lado, el principio de taxatividad legal de la impugnación y, de otro lado, que lo resuelto en segunda instancia constituye cosa juzgada, y su impugnación solo procede en los casos previstos en la Ley.

2º. Que fijado ese marco genérico-básico, se debe tener presente, igualmente, que como el derecho al recurso tiene jerarquía suprema, en la medida de que integra el contenido constitucionalmente protegido del derecho al debido proceso, posee una segunda expresión concreta, cuando la Ley prevé el recurso correspondiente. En estas condiciones, la garantía genérica de tutela jurisdiccional - asimismo, de jerarquía constitucional en el mismo nivel que el debido proceso (artículo ciento treinta y nueve, numeral tres, de la Ley Fundamental)-, al reconocer el derecho a obtener del órgano jurisdiccional una decisión, cubre además toda una serie de aspectos relacionados, como son, entre otros, la utilización de los recursos previstos por la Ley -en virtud de esta garantía el ciudadano tiene un derecho- a que no se le prive de los recursos previstos por el ordenamiento jurídico.

El ejercicio de este derecho, desde luego, está supeditado al cumplimiento de determinados presupuestos o requisitos procesales que, en cada caso, haya establecido el legislador. Tal conclusión, en modo alguno, tipifica un supuesto de indefensión constitucional, en cuanto no se prohíbe o limita el derecho de defensa de la parte, pues no se le mengua irrazonablemente el derecho de impugnar en situación de igualdad; el vencimiento del plazo,

en este caso, es provocado, no por el órgano jurisdiccional, sino por algún tipo de pasividad, impericia o negligencia de aquella.

Los plazos, en principio, no son un obstáculo irrazonable para el ejercicio del derecho de impugnar, tampoco que los mismos sean perentorios o automáticos. Esta es una necesidad para una recta tramitación de los procesos y la seguridad jurídica de las partes. En tal virtud, no puede ninguna circunstancia subjetiva ser tenida en cuenta como motivo de derogación de los plazos.

3º. Que es de rigor, sin embargo, tener presente, frente al carácter de la norma reguladora de los recursos, por directa conexión con dos derechos fundamentales, que su interpretación - la interpretación del derecho ordinario- y su aplicación, en tanto viabiliza el acceso a una instancia superior o a una revisión de lo ya resuelto -con pleno sustento constitucional-, no deben ser esencialmente restrictivas, de modo que se extiendan las causas de inadmisión con clara vulneración del objeto de la garantía en ejercicio, al punto que debe superarse cualquier exceso formalista. La interpretación y comprobación de las exigencias materiales y formales, para la admisión y procedencia de los recursos, por consiguiente, debe apuntar, en la medida de lo necesario, a la eficacia del derecho al recurso; esta no debe obstaculizar irrazonablemente el derecho a un pronunciamiento de fondo, como consecuencia de recurso interpuesto.

4º. Que son materia de discusión los alcances de una nueva norma, introducida al Código de Procedimientos Penales, mediante el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve, del diecisiete de agosto de dos mil cuatro, la cual compele, a la vez que el acto de interposición del recurso, el acto de fundamentación del mismo, exigencia que antes de su entrada en vigencia no estaba incorporada en el Código de Procedimientos Penales.

Al respecto, el apartado cinco, del artículo trescientos, del Código de Procedimientos Penales afirma lo siguiente:

Las partes deberán fundamentar, en un plazo de diez días, el recurso de nulidad. En caso de incumplimiento, se declarará improcedente el recurso. Esta disposición se extiende a la impugnación de autos, en cuyo caso el plazo para fundamentarla es de cinco días.

5º. Que es claro, igualmente, que por imperio del principio de legalidad procesal -y en tanto el proceso es una institución de configuración legal-, corresponde al legislador regular puntual y debidamente el sistema de recursos.

Un presupuesto procesal de los recursos relativos a la actividad son los plazos, que derivan de las exigencias del principio de seguridad jurídica. Así, los recursos serán inadmisibles cuando no se interpongan dentro de los plazos de caducidad legalmente establecidos.

Los plazos son improrrogables -automáticos- y comienzan a computarse, según los casos: **(i)** En las resoluciones escritas, dentro del día siguiente de la notificación. **(ii)** En las resoluciones orales o expedidas en audiencia, dentro del día siguiente de su expedición y lectura -salvo el caso de reserva, que tiene una regla propia fijada en el artículo doscientos ochenta y nueve del Código de Procedimientos Penales-, conforme lo estipula el artículo doscientos noventa y cinco de la citada Ley de Procedimientos Penales.

6º. Que lo singular, de la disposición analizada, es que diferencia claramente el acto de interposición del recurso, del acto de fundamentación o formalización del mismo. El artículo doscientos noventa y cuatro del Código de Procedimientos Penales regula el presupuesto formal referido al lugar del recurso: ante el órgano jurisdiccional que emitió la resolución cuestionada, y el citado artículo doscientos noventa y cinco del referido Estatuto Procesal Penal reglamenta el plazo de interposición -que es condición de eficacia del acto impugnativo-. No existe otra disposición al respecto.

7º. Que ejercido el derecho al recurso legalmente previsto, como es evidente, el cumplimiento de los presupuestos que lo disciplinan constituye una carga procesal para el impugnante -se entiende por carga procesal el ejercicio de una facultad instituida por la Ley para el logro del propio interés de la parte procesal concernida y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él- . El recurrente debe sujetarse a lo que la ley ordinaria dispone en los ámbitos de los presupuestos procesales y materiales de la impugnación.

Como quiera que la Ley Procesal Penal no estipula, a través de una norma expresa, un procedimiento propio y con un plazo específico para el cómputo del plazo inicial -el *Dics aquo*- del acto de fundamentación o formalización del recurso -no lo separa ni crea un trámite ad hoc-, cabe puntualizar, en primer lugar, que la estricta aplicación del principio de legalidad procesal impide instituir uno pretorianamente; y, en segundo lugar, que está en el propio sentido del apartado cinco del artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales, que el cómputo ha de iniciarse desde el día siguiente al propio acto de interposición del recurso.

8°. Que, en consecuencia, promovido el recurso impugnatorio -donde, básicamente, se fija no solo la manifestación de la voluntad de recurrir sino también la expresión de los pronunciamientos que se impugnan-, la parte recurrente tiene la carga de fundamentarlo en el plazo de diez o cinco días, según la naturaleza de la resolución que cuestiona -en la que se precisa el petitorio respectivo y los motivos que lo sustentan, basados en la infracción de las normas jurídicas respectivas- . Es, pues, un presupuesto material objetivo.

No se puede alegar que al desconocerse la posibilidad de un rechazo liminar, no es posible fundamentar el recurso ya interpuesto; puesto que la voluntad impugnativa ya se concretó y corresponde al recurrente, en atención al principio de buena fe procesal y en función a la rigurosidad de su propia impugnación -que importa, de su parte, un razonable juicio previo de admisibilidad, procedencia e, incluso, fundabilidad-, introducir la causa de pedir respectiva: la enunciación de las infracciones jurídicas que contiene la resolución objetada.

9°. Que desde una interpretación sistemática, debe entenderse que el artículo doscientos noventa y cuatro del Código de Procedimientos Penales, cuando dispone la admisión o denegación de plano del recurso, tiene que integrarse con la nueva disposición del artículo trescientos, apartado cinco, del citado Código, que obliga al recurrente al acto de fundamentación del recurso.

De ser así, el órgano jurisdiccional para calificar el recurso debe esperar el vencimiento del plazo de diez o cinco días, respectivamente. Esa es la única forma de garantizar la efectividad del acto de fundamentación y correlacionarlo, razonablemente, con el acto de interposición del recurso.

Vencido el plazo o formalizado el recurso, el órgano jurisdiccional deberá analizar el cumplimiento de los presupuestos procesales y materiales del recurso interpuesto dentro de los marcos legalmente previstos.

10°. Que paralela a esta carga procesal de las partes recurrentes, como quiera que lo notificado o leído son autos o sentencias -no proyectos o documentos sin firma-, corresponde al órgano jurisdiccional la obligación de entregar a todas las partes, acabada la audiencia o el acto de lectura del auto o sentencia, la resolución correspondiente, lo que debe constar en el acta, bajo responsabilidad.

Esta obligación implícita del órgano jurisdiccional se sustenta, en primer lugar, en el hecho de que la Ley dispone la lectura de un auto o de una

sentencia, y esta debe contener los requisitos que la propia norma procesal establece; y, en segundo lugar, en la necesidad de dotar de estabilidad y fijeza a las resoluciones jurisdiccionales, así como de su conocimiento cierto, fuera de toda manipulación ulterior, de lo decidido para que las artes tengan la oportunidad de fundamentar con rigor y solvencia sus impugnaciones.

11º. Que unificada la interpretación del apartado cinco del artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales, a los efectos de garantizar el valor seguridad jurídica, es menester fijar los efectos en el tiempo de la presente Sentencia Plenaria. Esta ha de regir para todos aquellos recursos interpuestos, por ser de naturaleza normativa, desde el día siguiente de la publicación en el diario oficial El Peruano, de la Ejecutoria Vinculante del catorce de febrero del presente año, recaída en el Recurso de Nulidad número 302-2012/Huancavelica, que esta Sentencia Plenaria ha consolidado; esto es, desde el día miércoles diecisiete de julio de dos mil trece." (Sic.)

F. DERECHO DE DEFENSA EN EL NUEVO PROCESO PENAL

159

§159. Audiencia de tutela e imputación suficiente

Acuerdo Plenario Extraordinario	2-2012/CJ-116
Fecha	26 de marzo del 2012
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Villa Stein, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Barrios Alvarado, Salas Arenas, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Villa Bonilla y Morales Parraguéz.
Disposiciones estudiadas	Arts. 71°, 72° y 336°.2 "b" del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	6° al 11°

RESUMEN:

Los derechos sustanciales que forman parte de la garantía de defensa procesal son aquellos presupuestos básicos para el ejercicio de los llamados derechos instrumentales (derecho de asistencia de abogado, utilización de medios pertinentes, entre otros). Se incluye, entre los primeros, el ***derecho a la comunicación detallada de la imputación formulada contra el imputado****, que resguarda que el correlato del conocimiento de los cargos contenga un mínimo de detalle que le permitan conocer los hechos que se le atribuyen, así como la forma y circunstancias en que tuvieron lugar, pues son indispensables para que ejerza su derecho de defensa desde el primer momento de la imputación.*

Para solicitar la subsanación de alguna falta de precisión de los hechos atribuidos, el imputado deberá recurrir en un primer comienzo al propio fiscal. ***Solo de manera excepcional****, -ante la desestimación del Fiscal o su falta de respuesta-,*

podrá acudir a la acción jurisdiccional de la tutela penal, donde el Juez de la Investigación Preparatoria sólo podrá realizar una función correctora que bajo ningún motivo ordene la anulación o el sobreseimiento de la investigación.

FUNDAMENTOS:

"6º. Los rasgos generales o características esenciales de tutela jurisdiccional penal, normada en el artículo 71º del Nuevo Código Procesal Penal –en adelante, NCPP- han sido abordados en el Acuerdo Plenario Nº 4-2010/ CJ-116.

Los derechos fundamentales que se protegen son aquellos previstos en el citado artículo 71º NCPP. Uno de ellos es el: conocimiento de los cargos formulados en contra del imputado (artículo 71º.2, "a"). Debe entenderse por "cargos penales", aquella relación o cuadro de hechos –acontecimiento histórico-, de relevancia penal, que se atribuye al imputado y que, *prima facie*, justifican la inculpación forma del Ministerio Público.

El artículo 336º.2, "b" NCPP, sobre este extremo, fija como contenido de la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria –en adelante, DFCIP-, "*los hechos y la tipificación específica correspondiente. El Fiscal podrá, si fuera el caso, consignar tipificaciones alternativas al hecho objeto de investigación, indicando los motivos de esa calificación*".

7º. Es evidente, por lo demás, que el nivel de precisión de los hechos –que no de su justificación indiciaria procedimental-, atento a la propia naturaleza jurídica de la DFCIP y del momento procesal de ejercicio o promoción de la acción penal por el Fiscal, debe ser compatible –cumplidos todos los presupuestos procesales- con el grado de sospecha inicial simple, propia de la necesidad de abrir una instancia de persecución penal –es decir, que impulse el procedimiento de investigación-. Tal consideración, como se sabe, ha de estar alejada de las meras presunciones, y fundada en puntos de partida objetivos y asentada en la experiencia criminalística de que, en pureza, existe un hecho de apariencia delictiva perseguible –presupuesto jurídico material- atribuible a una o varias personas con un nivel de individualización razonable y riguroso.

Lo expuesto explica que una de las características del hecho investigado es su variabilidad durante el curso de la etapa de investigación preparatoria –o, mejor dicho, "delimitación progresiva del posible objeto procesal"-, y que el nivel de precisión del mismo –relato del hecho histórico y del aporte

presuntamente delictivo de los implicados por la Fiscalía- tiene un carácter más o menos amplio o relativamente difuso. No es lo mismo un delito flagrante, que uno referido a sucesos complejos y de determinación inicial algo incierta, y por tanto, de concreción necesariamente tardía. En iguales términos, como no podía ser de otro modo, se ha pronunciado la STC N° 4726-2008-PHC/TC, del 19 de marzo de 2009, aunque es de aclarar que el nivel de detalle del suceso fáctico está en función a su complejidad y no necesariamente a su gravedad.

8°. En nuestro nuevo sistema procesal penal no corresponde al órgano jurisdiccional, como en otros contados modelos procesales, un amplio control de los presupuestos jurídico-materiales en sede de investigación penal preparatoria, cuyo señorío ejerce a plenitud el Ministerio Público –distinto es el caso, por cierto, de las otras etapas o fases procesales- (verbigracia: artículo 15°.3 del Estatuto de Roma de la Corte Penal).

Bastaría, en principio, la mera afirmación por el Fiscal de un suceso aparentemente típico para la configuración formalmente válida del proceso penal –el acto de imputación, si bien procesal, no es jurisdiccional-. Sólo en definidos momentos y precisos actos procesales está reservado al órgano jurisdiccional intervenir para enmendar presuntos desafueros del Fiscal a propósito de la expedición de la DFCIP. Este sería el caso, por ejemplo, de la delictuosidad del hecho atribuido y de los presupuestos procesales, en que el NCPP prevé vías específicas para su control jurisdiccional –el supuesto más notorio es el de la excepción de improcedencia de acción: artículo 6°.1, "b" NCPP-.

9°. Es evidente, asimismo, que no puede cuestionarse en vía de tutela jurisdiccional penal el nivel de los elementos de convicción o su fuerza indiciaria para anular la DFCIP, puesto que se trata de un presupuesto procesal –bajo cargo exclusivo de la jurisdicción ordinaria (así, STC N° 4845-2009-PHC/TC, del 7 de enero de 2010)-, cuyo control está reservado al requerimiento fiscal que da por conclusa la fase de investigación preparatoria e inicia la etapa intermedia, en cuyo caso se exige, ya no sospecha inicial simple, sino "sospecha suficiente" –se ha de esperar una condena con fuerte probabilidad, sospecha que a su vez alcanza a un convencimiento por el órgano jurisdiccional de la existencia de los presupuestos procesales y de la punibilidad de la conducta imputada-, plenamente controlable en este caso (vid: artículos 344°.1, 346°.1, 350°.1, "a" y 352°.2 y 4 NCPP)

10°. Ahora bien, la garantía de defensa procesal, desarrollada por el artículo IX del Título Preliminar del NCPP, incluye, aparte de los llamados "derechos

instrumentales" (derecho a la asistencia de abogado, utilización de medios pertinentes, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable), los denominados "derechos sustanciales", que son presupuestos básicos de su debido ejercicio, entre ellos la comunicación detallada de la imputación formulada contra el imputado. Su efectividad, sin duda, como correlato del conocimiento de los cargos (artículo 72º.2, "a" NCPP), requiere inexorablemente de que los hechos objeto de imputación en sede de investigación preparatoria (vid: artículo 342º.1 NCPP) tengan un mínimo nivel de detalle que permita al imputado saber el suceso histórico que se le atribuye y la forma y circunstancias en que pudo tener lugar.

Tal dato es indispensable para que pueda ejercer una defensa efectiva, la cual no puede quedar rezagada a la etapa intermedia o a la etapa principal de enjuiciamiento: la defensa se ejerce desde el primer momento de la imputación (vid: artículo 139º.14 de la Constitución), que es un hecho procesal que debe participarse a quien resulte implicado desde que, de uno u otro modo, la investigación se dirija contra él, sin que haga falta un acto procesal formal para que le reconozca viabilidad.

Es evidente, a partir del modelo procesal asumido por el NCPP, que el imputado, en un primer momento, deberá acudir al propio Fiscal para solicitar las subsanaciones correspondientes en orden a la precisión de los hechos atribuidos –este derecho de modo amplio lo reconoce el artículo 71º.1 NCPP-.

11º. Muy excepcionalmente, ante la desestimación del Fiscal o ante la reiterada falta de respuesta por aquél –que se erige en requisito de admisibilidad-, y siempre frente a una omisión fáctica patente o ante un detalle de hechos con entidad para ser calificados, de modo palmario, de inaceptables por genéricos, vagos o gaseosos, o porque no se precisó el aporte presuntamente delictivo del imputado, cabría acudir a la acción jurisdiccional de tutela penal.

En este caso la función del Juez de la Investigación Preparatoria –ante el incumplimiento notorio u ostensible por el Fiscal de precisar los hechos que integran los cargos penales- sería exclusiva y limitadamente correctora –disponer la subsanación de la imputación plasmada en la DFCIP, con las precisiones que luego de la audiencia sería el caso incorporar en la decisión judicial para evitar inútiles demoras, pedidos de aclaración o corrección, o cuestionamientos improcedentes-. Bajo ningún concepto el auto judicial puede ser anulatorio y, menos, de archivo o sobreseimiento anticipado de la investigación."

160

§160. Audiencia de Tutela

Acuerdo Plenario	4-2010/CJ-116
Fecha	16 de noviembre del 2010
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Príncipe Trujillo.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Barandiarán Dempwolf, Calderón Castillo y Santa María Morillo.
Disposiciones estudiadas	Art. 71° del NCPP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	10° al 19°

RESUMEN:

La Audiencia de Tutela es una de los principales avances de la reforma procesal penal. Su finalidad es ***resguardar y proteger durante la etapa de diligencias preliminares y de investigación preparatoria, los derechos del imputado reconocidos en el art. 71° del NCPP que no cuenten con un proceso específico para ello, puesto que nos encontramos ante una audiencia de tipo residual****.*

El Juez de la Investigación Preparatoria está habilitado para realizar un control de admisibilidad de la petición, cuidando siempre de no dejar en indefensión al imputado. Así, de la audiencia de tutela puede desprenderse un acto procesal de tutela correctiva, que pone fin al agravio; reparadora, que lo repara; o protectora de los derechos regulados en el referido artículo. Es de esta manera que los actos de investigación que vulneren los derechos fundamentales recogidos en el art. 71° podrán ser viciados o excluidos; como también podrá ser excluido material probatorio obtenido de forma ilícita. Sin embargo, no podrá ser impugnada ni dejarse sin efecto la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria, en tanto ésta cumple una función

garantista (informa al imputado de los hechos atribuidos y su calificación jurídica) y tiene reguladas las vías por las que puede cuestionársela una vez iniciado formalmente el proceso.

FUNDAMENTOS:

"**Aspectos generales:**

5°. El artículo 71° del NCPP prevé los derechos del imputado y, específicamente, en el apartado cuatro regula la denominada "Audiencia de tutela". Esta figura legal está prevista en la Sección Cuarta "El Ministerio Público y los demás sujetos procesales", Capítulo Primero "El imputado", Título "El imputado y el abogado defensor" del Libro Primero "Disposiciones Generales" del Nuevo Código Procesal Penal -en adelante, NCPP-.

Prescribe la citada norma que: *"1. El imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su Abogado Defensor, los derechos que la Constitución y las Leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso... 4. Cuando el imputado considere necesario que durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidos o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan. La solicitud del imputado se resolverá inmediatamente, previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes".*

6°. Los derechos fundamentales son aquellos que se encuentran incluidos en la Constitución Política como norma constitutiva y organizativa del Estado que son considerados como esenciales en el sistema político y que están especialmente vinculados a la dignidad humana. Es decir, son aquellos derechos que dentro del Ordenamiento Jurídico disfrutan de un *estatus* especial en cuanto a garantías "de tutela y reforma".

Es así que el reconocimiento y la preocupación por la plena vigencia de estos derechos son acontecimientos que cuentan con una relevancia trascendental, pues los mandatos de la Constitución adquieren una gran influencia, no sólo porque ocupa la posición de primer nivel en el ordenamiento jurídico -artículo 138°, segundo párrafo- sino porque materialmente en el proceso penal los derechos en conflicto son fundamentales,

de relevancia constitucional, al estar integrados el derecho de punir que corresponde al juez -artículos 138° y 139°.10 de la Constitución- con los derechos del imputado que también están protegidos constitucionalmente -artículo 139°.14- [SAN MARTÍN CASTRO, César. (2003) *Derecho Procesal Penal.* 2da. Ed. Lima, Grijley E.I.R.L., p. 79].

7°. De lo expresado en el fundamento jurídico precedente se desprende que la Constitución, especialmente en su artículo 139°, ha reconocido un conjunto de derechos y principios procesales del que se derivan un conjunto de consecuencias en orden tanto a los derechos y garantías de los justiciables, cuanto a los límites de los poderes públicos. En este orden, es que la Constitución ha incorporado un conjunto de garantías genéricas y una extensa relación de garantías específicas que tienen que ver con una vasta relación de cláusulas de relevancia constitucional que definen los aspectos de la jurisdicción penal, la formación del objeto procesal y el régimen de actuación de las partes.

8°. Las garantías procesales genéricas son aquellas normas generales que guían el desenvolvimiento de la actividad procesal. En ocasiones sirven para reforzar el contenido de las garantías específicas. Su valor se acrecienta cuando se amparan en ellas garantías concretas que, por la circunstancia que fuere, no quedaron incluidas de modo expreso en la Constitución. Estas son:

A. El debido proceso (artículo. 139° inciso3).

B. El derecho a la tutela jurisdiccional (artículo 139° inciso 3).

C. El derecho a la presunción de inocencia (artículo 2° inciso 24. "e").

D. El derecho de defensa (artículo 139° inciso 14).

9°. La Constitución se convierte así en el referente por antonomasia, no solo del legislador procesal sino de toda actuación de los encargados de la persecución penal, y de las personas que de una u otra manera se ven vinculadas a un caso penal. Esta afirmación implica un deber de protección de los derechos fundamentales durante todo el proceso penal, lo que no significa la omisión de tutelar otros bienes o valores jurídicos constitucionalmente valiosos, en la medida que tales derechos son relativos y no absolutos. Por ello, el Tribunal Constitucional ha sostenido que el respeto de los derechos fundamentales de los procesados no es incompatible con el deber de los jueces de determinar, dentro de un

proceso penal debido, la responsabilidad penal del imputado [STC N° 9081-2006-PHC/TC, del 1 de junio de 2007].

La audiencia de tutela. Alcances:

10°. Los derechos fundamentales deben gozar de mayor protección y por ello es que a nivel procesal la Audiencia de tutela es uno de los principales aportes del nuevo sistema procesal. Los derechos protegidos a través de esta Audiencia son los que se encuentran recogidos taxativamente en el artículo 71° del NCPP. Son los siguientes: **(i)** conocimiento de los cargos incriminados, **(ii)** conocimiento de las causas de la detención, **(iii)** entrega de la orden de detención girada, **(iv)** designación de la persona o institución a la que debe avisarse de la detención y concreción inmediata de esto, **(v)** posibilidad de realizar una llamada, en caso se encuentre detenido, **(vi)** defensa permanente por un abogado, **(vii)** posibilidad de entrevistarse en forma privada con su abogado, **(viii)** abstención de declarar o declaración voluntaria, **(ix)** presencia de abogado defensor en la declaración y en todas las diligencias que requieran su concurso, **(x)** no ser objeto de medios coactivos, intimidatorios o contrarios a la dignidad, ni ser sometidos a técnicas o métodos que induzcan o alteren la libre voluntad, **(xi)** no sufrir restricciones ilegales, y **(xii)** ser examinado por un médico legista o por otro profesional de la Salud, cuando el estado de salud así lo requiera. En salvaguarda de su efectiva vigencia, de esta audiencia de tutela pueden emanar resoluciones judiciales que corrijan los desafueros cometidos por la Policía o los Fiscales, así como también protejan al afectado.

11°. La finalidad esencial de la audiencia de tutela es, entonces, la protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del imputado reconocidos por la Constitución y las leyes. Desde esta perspectiva, el Juez de la Investigación Preparatoria se erige en un Juez de Garantías durante las diligencias preliminares y la investigación preparatoria ejerciendo su función de control de los derechos ante la alegación del imputado de que se ha producido la vulneración de uno o varios de sus derechos reconocidos específicamente en el artículo 71° del NCPP, responsabilizando al Fiscal o a la Policía del agravio. En otras palabras, su finalidad esencial consiste en que el Juez determine, desde la instancia y actuación de las partes, la vulneración al derecho o garantía constitucional prevista en la citada norma y realice un acto procesal dictando una medida de tutela correctiva

-que ponga fin al agravio-, reparadora -que lo repare, por ejemplo, subsanando una omisión-, o protectora.

12°. Un aspecto vital que es de destacar es que la tutela de derechos es un mecanismo eficaz tendiente al restablecimiento del *statu quo* de los derechos vulnerados, que encuentra una regulación expresa en el NCPP, y que debe utilizarse única y exclusivamente cuando haya una infracción -ya consumada- de los derechos que asiste al imputado. Como puede apreciarse, es un mecanismo o instrumento procesal que se constituye en la mejor vía reparadora del menoscabo sufrido, y que incluso puede funcionar con mayor eficiencia y eficacia que un proceso constitucional de habeas corpus [ALVA FLORIÁN, César A. (2004) *La Tutela de Derechos en el Código Procesal Penal de 2004*. Lima, Gaceta Jurídica, p. 13.]

13°. Dicho de otro modo, la Tutela de derechos es un instrumento idóneo para salvaguardar las garantías del imputado y, a su vez, regular las posibles desigualdades entre perseguidor y perseguido. Esta institución procesal penal es por tanto uno de los principales mecanismos para realizar el control de legalidad de la función del fiscal, quien deberá conducir y desarrollar toda su estrategia persecutoria siempre dentro del marco de las garantías básicas, siendo consciente que cualquier acto que traspase el marco de los derechos fundamentales podrá ser controlado por el Juez de la Investigación Preparatoria. Queda claro entonces que en el nuevo modelo procesal penal es fundamental la idea de control en el ejercicio del *ius puniendi* estatal.

En este sentido, aquellos requerimientos o disposiciones fiscales que vulneran derechos fundamentales constitucionales pero que tienen vía propia para la denuncia o control respectivo, no podrán cuestionarse a través de la audiencia de tutela. En efecto, ocurre que el NCPP ha establecido en varios casos mecanismos específicos para ventilar asuntos relativos a los derechos básicos del imputado, como sucede con las audiencias de control del plazo de las diligencias preliminares o de la investigación preparatoria formalizada (artículos 334°.1, 343°. 2) o con aquella que sustancia el reexamen de la intervención de las comunicaciones telefónicas o análogas (artículo 231°.3). Por ello no es errado afirmar que la audiencia de tutela es residual, esto es, opera siempre que el ordenamiento procesal no especifique un camino determinado para la reclamación por un derecho afectado [RODRÍGUEZ HURTADO, Mario, Ponencia presentada para la Audiencia Pública del VI Pleno Jurisdiccional se las Salas Penales de la

Corte Suprema]. En esa misma línea, no podrá cuestionarse a través de la tutela la inadmisión de diligencias sumariales solicitadas por la defensa durante la investigación, pues, para este efecto rige lo dispuesto en el artículo 337°.4 del NCPP.

14°. Ahora bien, lo expuesto en el fundamento jurídico precedente no significa que el imputado o su abogado defensor puedan cuestionar a través de la audiencia de tutela cualquier tipo de disposición o requerimiento que haga el fiscal, pues solamente se pueden cuestionar los requerimientos ilegales que vulneran derechos fundamentales relacionados con los enumerados en el artículo 71° numerales del 1 al 3 del NCPP. Por lo tanto, aquellos requerimientos o disposiciones fiscales que vulneran derechos fundamentales pero que tienen vía propia para la denuncia o control respectivo, no podrán cuestionarse a través de la audiencia de tutela. En efecto, ocurre que el NCPP ha establecido en varios casos mecanismos específicos para ventilar asuntos relativos a los derechos básicos del imputado, como sucede como las audiencias de control del plazo de las diligencias preliminares o de la investigación preparatoria formalizada (artículos 334°.1, 343°.2) o con aquella que sustancia el reexamen de la intervención de las comunicaciones telefónicas o análogas (artículo 231.3). Por ello no es errado afirmar que la audiencia de tutela es residual, esto es, opera siempre que el ordenamiento procesal no especifique un camino determinado para la reclamación por un derecho afectado[122].

15°. Siendo ello así, el Juez de la Investigación Preparatoria está obligado a convocar a audiencia de tutela si se presenta una solicitud para la tutela del respeto a un derecho fundamental que no tiene vía propia. No obstante, debe de realizar una calificación del contenido de la solicitud porque eventualmente el agravio puede constituirse en irreparable si se cita a audiencia, por lo que en este caso excepcionalmente puede resolver de manera directa y sin audiencia. Asimismo, no está obligado a convocar a audiencia de tutela en los casos que aprecie manifiesta intención del imputado o de su abogado defensor de obstruir la labor de investigación de la fiscalía en vez de debatir sobre la existencia de un agravio de derechos. El Juez, por tanto, está habilitado para realizar un control de admisibilidad de la petición respectiva y, en su caso, disponer el rechazo

---

122 RODRÍGUEZ HURTADO, Mario: Ponencia presentada para la Audiencia Pública del VI Pleno Jurisdiccional se las Salas Penales de la Corte Suprema.

liminar, cuidando siempre de verificar cada caso en particular para no dejar en indefensión al imputado.

16°. Por otro lado, si bien los actos de investigación realizados por el Ministerio Público gozan de amparo legal por tratarse de la autoridad pública encargada de la persecución del delito, ello no implica que sean inatacables o incuestionables, puesto que han de sujetarse a la ley y al principio de objetividad. Es decir, estos actos de investigación podrán quedar viciados o excluidos, según el caso, si se vulneraron derechos fundamentales que se encuentran recogidos en el artículo 71° NCPP, esto es, si por ejemplo se efectuó su detención sin haberle puesto en conocimiento al imputado de los derechos fundamentales que le asisten, por lo que el Juez en audiencia de tutela dictará las medidas que correspondan de acuerdo a ley.

17°. Asimismo, a través de la audiencia de tutela se podrá solicitar la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente -en los casos en que ésta sea la base de sucesivas medidas o diligencias- siempre que no exista una vía propia para alcanzar este propósito y que tenga que ver con la afectación o vulneración de alguno de los derechos fundamentales del imputado reconocido en el artículo 71° NCPP. La posibilidad de atacar el material probatorio obtenido ilegalmente deriva del reconocimiento del principio de legitimidad de la prueba -axioma que instruye que todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo, y que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona- que se encuentra establecido en el artículo VIII del Título Preliminar del NCPP y de la utilización de la prueba -regulado en el artículo 159° del acotado Código- que establece que el Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. Lo anotado hace viable que en la Audiencia de tutela se cuestionen los elementos probatorios obtenidos mediante procedimientos ilegales o viciosos y que una vez comprobada su ilicitud el Juez determine su exclusión, como medida correctiva o de protección.

18°. Otro de los problemas recurrentes que es del caso abordar en el presente acuerdo es el relativo al cuestionamiento de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria a través de la Audiencia de Tutela, es decir, si es posible activar -desde la defensa- una vía de control judicial de la referida disposición fiscal.

Sobre el particular y, en principio, debemos descartar esta posibilidad, fundamentalmente porque, como se ha enfatizado, la vía de la tutela sólo está habilitada para aquellos casos en los que se vulnere algunos de los derechos esenciales asociados en términos amplios a la defensa. Por lo demás debe quedar claro que la Disposición en cuestión es una actuación unilateral del Ministerio Público y no puede ser impugnada ni dejada sin efecto por el Juez de la Investigación Preparatoria. Cumple una función esencialmente garantista: informa al imputado de manera específica y clara acerca de los hechos atribuidos y su calificación jurídica, esto es, el contenido de la imputación jurídico penal que se dirige en su contra. Además, ya en el proceso formalmente iniciado, las partes pueden hacer uso de los medios de defensa técnico para evitar un proceso en el que no se haya verificado los presupuestos esenciales de imputación. Piénsese por ejemplo en la declaración de atipicidad a través de la excepción de improcedencia de la acción o en la de prescripción ordinaria, si es que antes de la Formalización de la Investigación Preparatoria se cumplió el plazo correspondiente.

19º. En síntesis, es de afirmar, que la Tutela de Derechos es una garantía de específica relevancia procesal penal, que puede usar el imputado cuando ve afectado y vulnerado uno o varios derechos establecidos específicamente en el artículo 71º del NCPP, quien puede acudir al Juez de Investigación Preparatoria para que controle judicialmente la legitimidad y legalidad de los actos de investigación practicados por el Ministerio Público y repare, de ser el caso, las acciones u omisiones que generaron el quebrantamiento del derecho de las partes procesales. La vía de tutela judicial sólo podrá hacerse efectiva durante las diligencias preliminares y en la investigación preparatoria propiamente dicha." (Sic.)

161

§161. La notificación de actos judiciales y el derecho a la defensa

Casación	326-2016-LAMBAYEQUE
Fecha	23 de noviembre de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Pariona Pastrana
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. IX del Título Preliminar y 150° del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	3.4.3° y 3.4.5°

RESUMEN:

La notificación judicial tiene como principal objetivo que las partes intervinientes en un proceso judicial tomen conocimiento de las resoluciones judiciales emitidas en el marco del mismo, a fin de que éstas puedan ejercer su derecho a la defensa, en el ámbito del debido proceso. En ese sentido, desde una perspectiva de contenido y aplicación del debido proceso, los actos judiciales deben tener como requisito de validez la notificación, con la finalidad de que el procesado tenga la posibilidad de conocer el contenido de los pronunciamientos y diligencias judiciales; pero, si se aplican sanciones o restringen derechos de las partes, el incumplimiento de la notificación vulnera el derecho de defensa.

FUNDAMENTOS:

3.1. Respecto al ámbito de la casación.

3.1.1 Conforme a la Ejecutoria Suprema del 5 de agosto de 2016 -fojas cincuenta y uno- se declaró bien concedido el recurso de casación por los siguientes motivos:

i) La defensa técnica del procesado Oviedo Picchotito al invocar casación excepcional, fundamentada líneas arriba, se denotaría que existiría un interés casacional con relación a la correcta interpretación del artículo 420°, numeral 1, del Código Procesal Penal, toda vez que la norma taxativamente señala qué órgano jerárquico debe conferir traslado del recurso de apelación a los sujetos procesales, esto es, la Sala Superior, así como el plazo de notificación del mismo; además, que no existe imputación necesaria; ello para preparar y ejercer su derecho de defensa [advirtiéndose que tiene conexión con las causales 1 (derecho de defensa), 2 (inobservancia de normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad) y 4 (indebida motivación de resoluciones judiciales) del artículo 429° del referido Código Procesal]; por tanto, los motivos, en su respectivo recurso de casación, invocados por el recurrente son pertinentes y su fundamentación es compatible, desde una perspectiva externa, con la consecuencia jurídica que enuncia, en tal virtud, es del caso estimar el recurso de casación para su análisis y/o determinar el desarrollo de doctrina jurisprudencial, conforme lo exige el inciso 3 del artículo 430° del Código Procesal Penal.

3.2. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

3.2.1. En la pretensión punitiva del Estado se determina y materializa proceso penal, y es lo que se denomina garantía procesal, la cual está reconocida constitucionalmente por el inciso 10) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú; por ello, la sanción sólo puede tener lugar en el marco de un debido proceso (artículo 139.3 de la referida Constitución Política) entendido como aquel proceso en el que se asegura al imputado su derecho de defensa (artículo 139.14 de la acotada Constitución), un tratamiento digno en estricto cumplimiento del principio de proporcionalidad, y en el que exista una regulación equilibrada de los derechos y deberes de los sujetos procesales.

3.2.2. Por ello, el legislador a fin de proteger los derechos y/o garantías constitucionales de todo sujeto inmerso dentro de un proceso penal taxativizó algunos supuestos en las normas procesales penales, siendo una de éstas contemplada en la causal 1 del artículo 429° del Nuevo Código Procesal Penal que prevé la admisión del recurso de casación, cuando: "Si la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías".

3.2.3. La referida causal es un supuesto de inobservancia de principios o derechos fundamentales que tiene concretas garantías en el ámbito procesal penal, y que pueden estar vinculados al ámbito probatorio, recursivo o procedimental.

3.2.4. En ese sentido los principios y derechos constitucionales cuando se invoque su agravio este no debe tener limitación cuantitativa para la procedencia del recurso; sin embargo, debe existir una vinculación concreta con alguno de los pilares del proceso penal que están recogidos en el Título Preliminar del Nuevo Código, en estos el derecho de defensa -IX del referido Título Preliminar–.

3.2.5 DERECHO DE DEFENSA

3.2.5.1. El derecho a la defensa comporta en estricto a no quedar en estado de indefensión en ningún estado del proceso. Este derecho tiene doble dimensión: material, referida al derecho del imputado o demandado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y, formal, que supone el derecho a una defensa técnica; esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso.

3.2.5.2. El derecho a no quedar en estado de indefensión se conculca cuando a los titulares de los derechos e intereses legítimos se les impide ejercer los medios legales suficientes para su defensa; pero no cualquier imposibilidad de ejercer estos medios produce un estado de indefensión que atenta contra el contenido constitucionalmente protegido del derecho, sino que es constitucionalmente relevante cuando se genera una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo. Este hecho se produce cuando al justiciable se le impide, de modo injustificado argumentar a favor de sus derechos e intereses legítimos –el resaltado es nuestro–.

3.2.5.3. El derecho de defensa en el proceso penal se constituye como un derecho fundamental que asiste a todo imputado y a su Abogado defensor a comparecer al proceso a fin de responder con eficacia la imputación existente.

3.2.5.4. El derecho de defensa está regulado por distintos ordenamientos jurídicos en concordancia con las normas contenidas en los Tratados y Convenios Internacionales; así, en el numeral catorce del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado de 1993, se establece como garantía de la Administración de Justicia, el no ser privado del derecho de defensa en cualquier estado del proceso. Los numerales 1 y 3, literal b, del artículo 14 del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** reconoce el derecho a contar con

los medios adecuados para la preparación de su defensa. En efecto: 1. "(...) Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías (...) en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella (...). 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección". Asimismo, el artículo 8 numeral 1, y el literal "c" numeral 2 de la **Convención Americana sobre Derechos Humanos** también reconoce estas garantías, así: "Artículo 8. Garantías judiciales. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) c. Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa". La "defensa procesal" como garantía fundamental es reconocida por el artículo 11 numeral 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al expresar lo siguiente: 1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa". El "aseguramiento de todas las garantías necesarias para su defensa" a la que alude la **Declaración Universal de los Derechos Humanos**, implica el otorgamiento de los medios adecuados para la preparación de la defensa.

3.2.5.5. El Derecho de Defensa en el nuevo Código Procesal Penal está regulado en el Art. IX del Título Preliminar, estableciendo que: Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que:

- Se le informe de sus derechos.
- Se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra.
- Ser asistido por un abogado defensor de su elección o de oficio, desde que es citado o detenido por la autoridad.
- Se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa.
- Ejercer su autodefensa material.
- A intervenir en plena igualdad, en la actividad probatoria y en las condiciones previstas por la ley.
- A utilizar los medios de prueba pertinentes.

3.2.5.6. En el mismo artículo se especifica que el ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala. Como se aprecia, el imputado tiene derecho a defenderse desde que se le hace la imputación, con el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso penal y siempre asistido de un defensor de su elección o defensor público, quien puede informarse de los cargos, intervenir en las iniciales diligencias de investigación, participar de las mismas, presentar pedidos, ofrecer la actuación de pruebas y demás posibilidades que la ley le permite en igualdad de condiciones.

3.2.6 DEBIDA MOTIVACIÓN DE RESOLUCIONES

3.2.6.1. La necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, un derecho constitucional de los justiciables. Mediante ella, por un lado, se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículos 45° y 138° de la Constitución) y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa.

3.2.6.2. Es por ello, que no solo corresponde al Juez motivar debidamente sus decisiones, sino también al Fiscal, toda vez que el Tribunal Constitucional indicó que "El proceso de amparo es la vía idónea para analizar si las actuaciones o decisiones de los fiscales observan o no los derechos fundamentales o, si en su caso, superan o no el nivel de proporcionalidad y razonabilidad que toda decisión debe suponer, siempre que tengan la condición de firme. Ahora bien, una decisión fiscal (disposición, resolución fiscal u otra análoga) adquiere carácter firme cuando se han agotado todos los medios impugnatorios legalmente previstos y siempre que estos tengan la posibilidad real de revertir los efectos de la decisión que se impugna".

3.2.6.3. En cuanto al derecho a la debida motivación de las decisiones fiscales, el Tribunal Constitucional determinó que la motivación debida de las decisiones de las entidades públicas –sean o no de carácter jurisdiccional– comporta que el órgano decisor y, en su caso, los fiscales, al resolver las causas, describan o expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Ello implica también que exista congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, que por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun cuando esta decisión sea breve o concisa. Esas razones, por lo demás, deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino, y sobre todo, de los propios hechos debidamente

acreditados en el trámite de la investigación o del proceso del que se deriva la resolución cuestionada.

3.2.6.4. Con base en ello, el Tribunal Constitucional indicó que el derecho a la debida motivación de las decisiones fiscales también se ve vulnerado cuando la motivación es sólo aparente, en el sentido que no cuente con las razones mínimas de hecho o de derecho que sustentan la decisión fiscal, o porque se intenta dar sólo un cumplimiento formal a la exigencia de la motivación. Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente constituirá una decisión fiscal arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional.

3.3. LA NULIDAD EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

3.3.1. Otra causal prevista en el artículo 429° del referido Código adjetivo es por infracción procesal o por inobservancia de las normas legales de carácter procesal -causal 2-, que constituye un mecanismo de impugnación contra sentencias o resoluciones que pongan fin al proceso en las que se examina la inaplicación de las normas procesales.

3.3.2. El vicio in procedendo consiste, en general, en la inobservancia de normas procesales. No se observan las normas que prescriben el rito establecido para obtener la sentencia o para llegar a ella. Pero como motivo casacional, debe tratarse de normas que conforme al respectivo Código se establecen bajo sanción de nulidad o inadmisibilidad que no hubieran quedado subsanadas o superadas; es decir, el error o vicio se presenta en aquellos casos en que no se cumple con una forma procesal de acatamiento imperativo, esto implica que necesariamente el acto procesal debe estar conminado con sanción de nulidad. De este modo, la inobservancia de las formas procesales específicas de construcción de la resolución que produzcan el quebramiento de los presupuestos, y formas esenciales ya sea se traten de vicios de actividad o de defecto en la tramitación del procedimiento y que tengan capacidad de provocar nulidad absoluta, puede sustentar casación por quebrantamiento de la forma.

3.3.3. En atención a ello, el Nuevo Código Procesal penal, señala lo siguiente:

NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA

La inobservancia de las disposiciones establecidas para las actuaciones procesales es causal de nulidad sólo en los casos previstos por la Ley.

3.3.3.1. El artículo 150° del Código Procesal Penal que regula la nulidad absoluta, señala:

"No será necesaria la solicitud de nulidad de algún sujeto procesal y podrán ser declarados aun de oficio, los defectos concernientes: a) A la intervención, asistencia y representación del imputado o de la ausencia de su defensor en los casos en que es obligatoria su presencia; b) Al nombramiento, capacidad y constitución de Jueces o Salas; c) A la promoción de la acción penal, y a la participación del Ministerio Público en las actuaciones procesales que requieran su intervención obligatoria; d) A la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución".

3.3.3.2. A su vez, el artículo 150° del Código Procesal Penal indica en qué casos procede la nulidad relativa:

"1. Excepto en los casos de defectos absolutos, el sujeto procesal afectado deberá instar la nulidad por el vicio, cuando lo conozca.

2. La solicitud de nulidad deberá describir el defecto y proponer la solución correspondiente.

3. La solicitud deberá ser interpuesta dentro del quinto día de conocido el defecto.

4. La nulidad no podrá ser alegada por quien la haya ocasionado, haya concurrido a causarla o no tenga interés en el cumplimiento de la disposición vulnerada. Tampoco podrá ser alegada luego de la deliberación de la sentencia de primera instancia o, si se verifica en el juicio, luego de la deliberación de la sentencia de la instancia sucesiva".

3.4 CUESTIONAMIENTO REFERIDO A LA INOBSERVANCIA DE LOS NUMERALES 1 Y 2 DEL ARTÍCULO 420° DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL (CASACIÓN EXCEPCIONAL)

3.4.1. Los numerales 1 y 2 del artículo 420 ° del referido Código adjetivo señalan lo siguiente:

"Recibidos los autos, salvo los casos expresamente previstos en el Código, la Sala conferirá traslado del escrito de fundamentación del recurso de apelación al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales por el plazo de cinco días. Absuelto el traslado o vencido el plazo para hacerlo, si la Sala Penal Superior estima inadmisible el

recurso podrá rechazarlo de plano. En caso contrario, la causa queda expedida para ser resuelva y se señalará día y hora para la audiencia de apelación".

3.4.2. De lo anterior expuesto se desprende, que el derecho de defensa se proyecta como un principio de interdicción de ocasionarse indefensión y como un principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes de un proceso o de un tercero con interés. Al respecto, el Tribunal Constitucional señaló que "(...) El derecho de defensa consiste en la facultad de toda persona de contar con el tiempo y los medios necesarios para ejercerlo en todo tipo de procesos, incluidos los administrativos, lo cual implica, entre otras cosas, que sea informada con anticipación de las actuaciones iniciadas en su contra".

3.4.3. En ese orden de ideas está circunscrito dentro de todo proceso la notificación judicial [acto procesal cuyo principal objetivo es que las partes intervinientes en un proceso judicial tomen conocimiento de las resoluciones judiciales emitidas en el marco del mismo, a fin de que éstas puedan ejercer su derecho a la defensa, en el ámbito del debido proceso]. En ese sentido, desde una perspectiva de contenido y aplicación del debido proceso, se puede decir que los actos judiciales deben tener como requisito de validez la notificación, con la finalidad de que el procesado tenga la posibilidad de conocer el contenido de los pronunciamientos y diligencias judiciales; pero solo en el caso de que se apliquen sanciones o se restrinjan derechos de la persona, pues incumplir este requisito vulnerará además el derecho de defensa.

3.4.4. Aunado a ello, el Tribunal Constitucional delimitó que: "La notificación es un acto procesal cuyo cuestionamiento o anomalía no genera per se violación del derecho al debido proceso o a la tutela procesal efectiva; así, para que ello ocurra, resultará indispensable la constatación o acreditación indubitable de parte de quien alega la violación del debido proceso, de que con la falta de una debida notificación se ha visto afectado de modo real y concreto el derecho de defensa u otro derecho constitucional directamente implicado en un caso concreto".

3.4.5. En ese sentido, la norma procesal penal taxativamente protege el derecho de defensa que tiene todo justiciable respecto al trámite de apelación en autos, toda vez que señala el plazo prudencial de 5 días para preparar su estrategia de defensa que deben tener los sujetos procesales inmersos dentro de un proceso penal, previo traslado del escrito de apelación por el Órgano Superior. Posteriormente, transcurrido el plazo será ésta quien decida si procede o no dicho

recurso impugnatorio; si estima que sí se señalará para la audiencia de apelación, advirtiéndose que el Tribunal Superior tendrá los pronunciamientos siguientes: i) El traslado del escrito de impugnación a las partes por dicho plazo; y, ii) Luego de recurrido el plazo la Sala se pronunciará si procede o no el acotado recurso.

3.4.6. En el presente caso, la Sala Penal de Apelaciones emitió la resolución del 27 de octubre de 2015 –fojas setenta y seis– donde consideró que por "Tratarse de un proceso urgente" admitió el recurso de apelación interpuesto por el representante del Ministerio Público contra la resolución del 13 de octubre de 2015 que declaró fundado la solicitud de tutela de derechos presentado por el investigado Oviedo Picchotito; y, señaló fecha para la audiencia pública el 29 de octubre del referido año.

3.4.7. Dicha decisión fue notificada a la defensa del investigado el 27 de octubre de 2015 –véase boleta de notificación a fojas setenta y ocho–. Luego, se realizó la audiencia el día señalado –véase fojas ochenta y dos–.

3.4.8. De tal modo, la Sala Superior inobservó lo prescrito en los numerales 1 y 2 del artículo 420° del Código Procesal Penal, debido a que admitió el recurso de apelación interpuesto por el representante del Ministerio Público sin correr traslado a las partes procesales por el plazo de 5 días, a fin de otorgarles la oportunidad de contradecir lo alegado por el impugnante, plazo prudencial para preparar la estrategia de defensa que debe tener todo justiciable; no obstante, la referida Sala consideró que por "tratarse de un proceso urgente" que no está previsto en el Nuevo Código Procesal Penal, señaló fecha para la audiencia pública, decisión que si bien fue notificada al investigado, sin embargo ésta es defectuosa al vulnerarse su derecho de defensa, al no transcurrir dicho plazo conforme a ley teniendo 2 días de los 5 computado por la ley procesal; tanto más si el artículo 131° de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que: "El Presidente de la Sala hace citar con setenta y dos (72) horas de anticipación a los abogados que hayan solicitado el uso de la palabra para informar, así como a las partes que hayan pedido informar sobre hechos, precisando el tiempo que tienen para hacerlo. El abogado de la parte que no solicitó la palabra es igualmente citado si señaló domicilio en la sede de la Corte (...)"; en consecuencia, dicho extremo debe declararse fundado, resaltando que si bien la Sala inobservó dicha normal procesal que acarrea la nulidad absoluta por la vulneración del derecho constitucional de defensa que le asiste al investigado Oviedo Picchotito, sin embargo este Tribunal Supremo como órgano garantista de los principios y/o derechos constitucionales otorgados al justiciable, poder conferido por la Constitución y la Ley de la materia, y en aplicación de los principios procesales de economía y celeridad emitirá pronunciamiento de

fondo; ya que, lo contrario significaría una dilación del procedimiento y, con ello, persistiría el menoscabo del acotado derecho.

3.5. CUESTIONAMIENTO EN RELACIÓN SI DEBE EXISTIR UNA IMPUTACIÓN DETALLADA Y NO GENÉRICA EN LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES Y NO NECESARIAMENTE EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA PARA PREPARAR Y EJERCER EL DERECHO DE DEFENSA DE CADA JUSTICIABLE

3.5.1. En el modelo acusatorio, el imputado es la parte pasiva necesaria del proceso penal sobre quien recae la atribución de hechos delictivos (imputación necesaria) y que está normalmente amenazado en su derecho a la libertad o en el ejercicio de otros derechos, a propósito de la eventual sanción a imponerse al momento de expedir sentencia.

3.5.2. El artículo 336, numeral 1, del Código Procesal Penal señala que la calidad del imputado se adquiere a partir de la formalización de la investigación preparatoria hasta la culminación del proceso en que se emite una decisión final, y durante todo ese periodo éste puede hacer valer los derechos de la Constitución y las leyes reconocen, incluso a tenor del artículo 71.1 del referido Código desde las primeras diligencias de la investigación.

3.5.3. Es así, que mediante el Acuerdo Plenario Número 04-2010/CJ-116, en su fundamento jurídico número 11, estableció que la audiencia de tutela de derechos es la protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del imputado reconocidos por la Constitución y las leyes. Desde esta perspectiva, el Juez de la Investigación Preparatoria ejerciendo su función de control de los derechos ante la alegación del imputado de que se ha producido la vulneración de uno o varios de sus derechos reconocidos específicamente en el artículo 71° del N.C.P.P., que son los derechos fundamentales que están incluidos en la Constitución Política del Estado como norma constitutiva y organizativa de la mismas que son considerados como esenciales en el sistema político y que están especialmente vinculados al ordenamiento jurídico disfrutando de un estatus especial en cuanto a garantías -de tutela y reforma-.

3.5.4. Aunado a ello, dicho Acuerdo Plenario descrito líneas arriba, en su fundamento jurídico número 10, señaló que los derechos protegidos en la Audiencia de Tutela de Derechos son: conocimiento de los cargos incriminados, conocimientos de las causas de la detención, entre otros. Además, que "En salvaguarda de su efectiva vigencia, de esta audiencia de tutela pueden emanar

resoluciones judiciales que corrijan los desafueros cometidos por la Policía o los Fiscales, así como también protejan al afectado".

3.5.5. En ese orden de ideas, señala que la finalidad de dicha audiencia consiste en que el Juez determine, desde las instancias y actuación de las partes, la vulneración al derecho o garantía constitucional prevista en la citada norma y realice un acto procesal dictando una medida de tutela correctiva –que ponga fin al agravio-, reparadora o protectora (véase fundamento jurídico número 11).

3.5.6. En ese sentido, la Tutela de Derechos es un instrumento idóneo para salvaguardar las garantías del imputado y, a su vez, regular las posibles desigualdades entre perseguidor y perseguido.

3.5.7. De otro lado, el Acuerdo Plenario número 02- 2012/CJ-11, en su fundamento jurídico número 6, indicó que los derechos fundamentales que se protegen en la tutela de derechos son aquellos previstos en el artículo 71° del N.C.P.P. Uno de ellos es el conocimiento de los cargos formulados en contra del imputado (artículo 71.2, "a"). Debe entenderse por "cargos penales", aquella relación o cuadro de hechos -acontecimiento histórico-, de relevancia penal, que se atribuye al imputado y que, prima facie, justifican la inculpación formal del Ministerio Público. El artículo 336.3, "b" del N.C.P.P sobre este extremo, fija como contenido de la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria los hechos y la tipificación específica correspondiente. El Fiscal podrá, si fuera el caso, consignar tipificaciones alternativas al hecho objeto de investigación, indicando los motivos de la calificación.

3.5.8. Por consiguiente, el nivel de precisión de los hechos –que no de su justificación indiciaria procedimental-, atento a la propia naturaleza jurídica de la DFCP y del momento procesal de ejercicio o promoción de la acción penal por el Fiscal, debe ser compatible –cumplidos todos los presupuestos procesales con el grado de **sospecha inicial simple** propia de la necesidad de abrir una instancia de persecución penal –es decir, que impulse el procedimiento de investigación–. Tal consideración, como se sabe, ha de estar alejada de las meras presunciones, y fundada en puntos de partida objetivos y asentada en la experiencia criminalística de que, en pureza, existe un hecho de apariencia delictiva perseguible -presupuesto jurídico material- atribuible a una o varias personas con un nivel de individualización razonable y riguroso.

3.5.9. Además, el referido Acuerdo Plenario referido precedentemente, en su fundamento jurídico número 9, señala que no puede cuestionarse en vía de tutela penal el nivel de los elementos de convicción o su fuerza indiciaria para anular una Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación

Preparatoria, puesto que se trata de un presupuesto procesal –bajo cargo exclusivo de la jurisdicción ordinaria, cuya contra está reservada al requerimiento fiscal que da por concluida la fase de investigación preparatoria e inicia la etapa intermedia, en cuyo caso se exige, ya no sospecha inicial simple, sino sospecha suficiente; sin embargo, cabe destacar que la garantía de defensa procesal prevista en el artículo IX del Título Preliminar del N.C.P.P incluye los derechos sustanciales, entre ellos la comunicación detallada de la imputación formulada contra el imputado. Su efectividad, sin duda, como correlato del conocimiento de los cargos, previsto en el artículo 72.2, "a" del referido Código adjetivo, requiere inexorablemente que los hechos objeto de imputación en sede de investigación preparatoria tengan un mínimo nivel de detalle que permita al imputado saber el suceso histórico que se le atribuye y la forma y circunstancias en que pueda tener lugar (véase fundamento jurídico número 10, del Acuerdo Plenario número 2- 2012/CJ-116); tal dato es indispensable para que puede ejercer una defensa efectiva, la cual no puede quedar rezagada a la etapa intermedia o a la etapa principal del enjuiciamiento, debido a que la defensa es ejercida desde el primer momento de la imputación.

3.5.10. De este modo, en ocasiones excepcionales, procederá la acción de tutela penal frente a la omisión fáctica patente o ante un detalle de hechos con entidad para ser calificados, de modo palmario, de inaceptables por genéricos, vagos o imprecisos.

3.5.11. En suma, la función del Juez de la Investigación Preparatoria –ante el incumplimiento notorio u ostensible por el Fiscal de precisar los hechos que integran los cargos penales- sería exclusiva y limitadamente correctora -disponer la subsanación de la imputación plasmada en el DFCIP-.

3.5.12. Lo referente indica que es necesario que toda Disposición Fiscal detalle debidamente los cargos imputados en contra del investigado; debido a que toda resolución emitida por un órgano público debe estar debidamente motivada, más aún cuando se trate de un proceso penal ya que los derechos y/o garantías constitucionales que asiste al imputado son más susceptibles a menoscabarse. En ese sentido, en el caso concreto se advierte que la resolución de vista del 29 de octubre de 2015 -fojas ochenta y dos considera, en el fundamento jurídico número 5, que según el Acuerdo Plenario número 02-2012/CJ-116 que el inicio de una investigación penal necesita una simple sospecha y que conforme el proceso penal avance [desde los actos de investigación preliminar, pasando por la investigación preparatoria, la acusación, la etapa intermedia y la sentencia], el hecho materia de imputación penal deberá ser más preciso cada vez; no obstante, cabe resaltar que ello no es óbice que los pronunciamientos emitidos por los representantes

del Ministerio Público en sus disposiciones fiscales y por el Juez, al emitir sus resoluciones judiciales, guarden correlación y congruencia en el avance de las investigaciones; siendo que en el caso sub judice la disposición fiscal del 20 de agosto de 2015, disposición de ampliación de las diligencias preliminares que dispone ampliar la investigación preliminar por el término de 120 días contra el investigado Oviedo Pichotito, así como a otros investigados, por la presunta comisión del delito contra la vida, el cuerpo y la salud, en la modalidad de homicidio calificado, asociación ilícita para delinquir, tenencia ilegal de armas de fuego y municiones, y otros, en agravio del Estado, y otros; empero en dicha investigación no se precisa cuál es el aporte presuntamente delictivo del imputado en los hechos materia de investigación.

3.5.13. Aunado a ello, obra en autos la disposición fiscal del 03 de setiembre de 2015 -fojas treinta y dos-, disposición de la ampliación de formalización y de la investigación preparatoria, que en su parte resolutiva, refiere ampliar la formalización y continuación de la investigación preparatoria contra Víctor Wilfredo Rodríguez Ortiz, por delito de asociación ilícita para delinquir, en agravio del Estado, y como autor mediato por delito de homicidio calificado, en agravio de Percy Valdemar Farro Witte. Asimismo, contra Edward Giovanni Montenegro Sales, César Jonathan Valencia Delgado y Alberto Jampierre Bulnes Facho, por delito contra la paz pública, en la figura de asociación ilícita para delinquir, en agravio del Estado; en consecuencia, dispone son las diligencias que deben realizarse; advirtiéndose, que en dicha disposición no dispone nada respecto al investigado Oviedo Pichotito, a pesar que en su parte considerativa al describir los hechos hace referencia a una probable asociación ilícita en relación al acotado investigado.

3.5.14. Se advierte que entonces que si bien el Acuerdo Plenario número 02-2012/CJ-116 considera que debe haber una simple sospecha e imputación mínima de los ilícitos imputados; sin embargo, ello no es óbice para que las disposiciones fiscales emitidas por los representantes del Ministerio Público sean congruente y correlaciones entre sí en el decurso del procedimiento; siendo que en el caso sub judice se evidencia que las disposiciones fiscales son incongruentes al no tener correlación entre las partes considerativa y decisoria -como está detallado líneas arriba-, vulnerándose la garantía constitucional de la debida motivación de resoluciones, y, a consecuencia de ello, la imputación formulada por el representante del Ministerio Público genera indefensión al investigado; en consecuencia, dicho agravio debe declararse fundado.

G. DERECHO A LA GRATUIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

162

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

Casación	171-2011-LIMA
Fecha	07 de agosto del 2012
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Salas Arenas y Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Arts. 2º.2 y 139º.16 de la Const.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	10°, 11°, 12° y 13° .

RESUMEN:

El principio de gratuidad en la Administración de Justicia forma parte del contenido esencial del derecho al debido proceso y del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, e implica una vía por la que se materializa el principio-derecho de igualdad. En virtud al principio de igualdad entre las partes y a la igualdad de armas, no puede permitirse que quien cuente con menores recursos económico sufra de indefensión.

El pago de los aranceles o tasas judiciales, por tanto, no debe significar un impedimento para que todos los ciudadanos puedan recurrir a las autoridades jurisdiccionales en la búsqueda de la tutela de sus derechos. *En este sentido es que se determina que* ***el Ministerio Público debe expedir copias de las actuaciones principales, siempre que la defensa técnica cumpla con acreditar la condición específica del beneficiario y adjuntar la verificación socio-económica del mismo.***

FUNDAMENTOS:

"CONSIDERANDO

DÉCIMO PRIMERO: Que, del análisis de fondo del motivo casatorio por el que fue admitida el presente recurso de casación, desarrollo de la doctrina jurisprudencial se tiene que en relación a la gratuidad de la administración de justicia, el artículo 139° inciso 16) de la Constitución Política del Estado, establece expresamente que:

> *Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala*[123].

DÉCIMO SEGUNDO: Que, dicho principio, como ha sido remarcado por reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 1606-2004-AA/TC), forma parte tanto del contenido esencial del derecho al debido proceso como del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Con relación a este último cabe destacar que este principio tiene especial relevancia en lo que se refiere al acceso a la justicia, por cuanto el pago de los aranceles o tasas judiciales no debe constituirse en un impedimento para que todos los ciudadanos se encuentren en posibilidad de recurrir a las autoridades jurisdiccionales para la tutela de sus derechos.

DÉCIMO TERCERO: Que, asimismo cabe afirmar que el principio de gratuidad en la Administración de Justicia se constituye en un mecanismo de realización del principio-derecho de igualdad, establecido en el artículo 2° inciso 2 de la Constitución Política del Estado, por cuanto debe procurarse que las diferencias socioeconómicas entre los ciudadanos no sean trasladadas al ámbito del proceso judicial, en el cual las controversias deben ser dilucidadas con pleno respeto al principio de igualdad entre las partes y a la igualdad de armas, de modo que el hecho de que una de ellas cuente con mayores recursos económicos que la otra no devenga necesariamente en una ventaja que determine que la autoridad jurisdiccional vaya a resolver a su favor[124]. Consideraciones

---

[123] Sentencia del 8 de noviembre de 2011, Ucayali, Luis Alberto Lecca Alva. Exp. N° 02449-2011-PA/TC:

[124] Sentencia del 17 de setiembre de 2009. Exp. N° 05644-2008-PA/TC, Lima, Francisco Clodomiro Gamboa Herrera.

por las que debemos fijar como criterio rector que: el Ministerio Público expida copias de las actuaciones principales, siempre y cuando la defensa técnica cumpla con acreditar la condición específica del beneficiario y adjuntar la verificación socio-económica del beneficiario. **CRITERIO QUE EN ADELANTE DEBE SER CONSIDERANDO COMO DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE CUMPLIMIENTO OBLIGATORIO**".

163

§163. Gratuidad de copias de carpeta fiscal siempre que se acredite escasos recursos del beneficiario

Casación	172-2011-LIMA
Fecha	17 de julio de 2012
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Villa Stein, Pariona Pastrana, Neyra Flores, Morales Parraguez.
Disposiciones estudiadas	Art. 138° del NCPP, y Arts. 2, inciso 2, y 139°, inciso 16 de la Constitución Política del Perú.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	11°, 12° y 13°

RESUMEN:

El Ministerio Público debe expedir copias de las actuaciones principales, siempre y cuando la defensa técnica cumpla con acreditar la condición específica de beneficiario y adjuntar la verificación socioeconómica del beneficiario.

FUNDAMENTOS:

DÉCIMO PRIMERO: Que, del análisis de fondo del motivo casatorio por el que fue admitida el presente recurso de casación, desarrollo de la doctrina jurisprudencial se tiene que, en relación a la gratuidad de la administración de justicia, el artículo 139° inciso 16) de la Constitución Política del Estado, establece expresamente que: Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:(...) El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala.

DÉCIMO SEGUNDO: Que, dicho principio, como ha sido remarcado por reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 1606-2001-AA/TC), forma parte tanto del contenido esencial del derecho al debido proceso como del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Con relación a este último cabe destacar que este principio tiene especial relevancia en lo que se refiere al acceso a la justicia, por cuanto el pago de los aranceles o tasas judiciales no debe constituirse en un impedimento para que todos los ciudadanos de encuentren en posibilidad de recurrir a las autoridades jurisdiccionales para la tutela de sus derechos.

DÉCIMO TERCERO: Que, asimismo cabe afirmar que el principio de gratuidad de la Administración de Justicia se constituye en un mecanismo de realización del principio-derecho de igualdad, establecido en el artículo 2° inciso 2 de la Constitución Política del Estado por cuanto debe procurarse que las diferencias socioeconómicas entre los ciudadanos no sean trasladadas al ámbito del proceso judicial, en el cual las controversias deben ser dilucidadas con pleno respeto al principio de igualdad entre las partes y a la igualdad de armas, de modo que hecho de que una de ellas cuente con mayores recursos económicos que la otra no devenga necesariamente en una ventaja que determine que la autoridad jurisdiccional vaya a resolver a su favor. Consideraciones por las que debemos fijar como criterio rector que: el Ministerio Público expida copias de las actuaciones principales, siempre y cuando la defensa técnica cumpla con acreditar la condición específica de beneficiario y adjuntar la verificación socioeconómica del beneficiario.

H. PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD JUDICIAL. RECUSACIÓN

164

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

Acuerdo Plenario	3-2007/CJ-116
Fecha	16 de noviembre de 2007
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	Salas Gamboa, Sivina Hurtado, San Martín Castro, Villa Stein, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Lecaros Cornejo, Valdez Roca, Molina Ordóñez, Príncipe Trujillo, Santos Peña, Calderón Castillo, Rojas Maraví y Urbina Ganvini.
Disposiciones estudiadas	Art. 31° del A.C.P. P.
Fundamentos jurídicos vinculantes	6° al 8°

RESUMEN:

Suele suceder que junto con la presentación de una demanda de habeas corpus o de amparo contra una concreta decisión o actuación de un juez de la causa se recuse paralelamente al magistrado al amparo de la causal genérica de temor de parcialidad. Sin embargo, ***la imparcialidad subjetiva se presume salvo prueba en contrario; por lo que no basta la sola afirmación de la interposición de la demanda o queja ni la presentación del documento para estimar lesionada la imparcialidad judicial.*** *Es en este sentido que se requiere la presencia de indicios objetivos y razonables que permitan sostener con rigor la existencia de una falta de imparcialidad.*

FUNDAMENTOS:

"6°. La ***recusación*** es una institución procesal de relevancia constitucional. ***Garantiza***, al igual que la abstención o inhibición, ***la imparcialidad*** judicial, esto es, la ausencia de prejuicio; y, como tal, es una garantía específica que integra el debido proceso penal –numeral tres del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución-. Persigue alejar del proceso a un juez que, aún revistiendo las características de ordinario y predeterminado por la ley, se halla incurso en ciertas circunstancias en orden a su vinculación con las partes o con el objeto del proceso –el thema decidendi- que hacen prever razonablemente un deterioro de su imparcialidad.

La imparcialidad, como ha quedado consagrada por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, seguida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos – así, Sentencia Piersack contra Bélgica, del uno de octubre de mil novecientos ochenta y dos; y, Sentencia Herrera Ulloa contra Costa Rica, del dos de julio de dos mil cuatro, párrafo ciento setenta- tiene, aunque la doctrina procesalista tiende a relativizarla, ***dos dimensiones***, una de ***carácter subjetivo*** y vinculado con las circunstancias del juzgador, con la formación de su convicción personal en su fuero interno en un caso concreto –*test subjetivo*-; y otra ***objetiva***, predicable de las garantías que debe ofrecer el órgano jurisdiccional y que se establece desde consideraciones orgánicas y funcionales [la primera debe ser presumida mientras no se demuestre lo contrario; y, la segunda reclama garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima sobre su imparcialidad] –test objetivo-.

7°. Las circunstancias antes mencionadas, denominadas causas de recusación, están legalmente tasadas y son las previstas en los artículos 29° y 31° del Código de Procedimientos Penales. Para acreditar si existe o no vulneración del derecho al Juez Imparcial no sirve un análisis abstracto y a priori y, en definitiva, general, sino que es menester examinar cada caso concreto para determinar que el juez, de uno u otro modo, no es ajeno a la causa –opción por el criterio material o sustancial en vez del criterio meramente formal-. Como precisa el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia Hauschildt contra Dinamarca del veinticuatro de mayo de mil novecientos ochenta y nueve, lo relevante es que los temores estén objetivamente justificados, deben alcanzar una cierta consistencia –no basta la simple opinión del acusado o de la parte recusante-; y, la respuesta de si existe parcialidad o no varía según las circunstancias de la causa, a

cuyo efecto debe valorarse la entidad o naturaleza y las características de las actuaciones procesales realizadas por el Juez.

8°. Es recurrente en nuestra práctica forense que con motivo de una ***demanda de habeas corpus o de amparo*** interpuesta contra una concreta decisión o actuación del juez de la causa y también cuando se ha interpuesto una queja ante el órgano disciplinario judicial, paralelamente se recuse al magistrado al amparo de la causal genérica de temor de parcialidad prevista en el artículo 31° del Código de Procedimientos Penales. Se cuestiona en esos casos que el juez, como consecuencia de esas acciones legales, no ofrecería garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima a este respecto.

En estos supuestos se está ante una causal de imparcialidad subjetiva, en cuya virtud se entiende que la convicción personal del juez como consecuencia de la aludida acción legal le restaría apariencia de imparcialidad. Pero, como ya se anotó, ***la imparcialidad subjetiva se presume salvo prueba en contrario; en consecuencia, no basta la sola afirmación de la interposición de la demanda o queja ni la presentación del documento en cuestión para estimar lesionada la imparcialidad judicial.*** Se requiere, por consiguiente, indicios objetivos y razonables que permitan sostener con rigor la existencia de una falta de imparcialidad. El Tribunal, en este caso, debe realizar una valoración propia del específico motivo invocado y decidir en función a la exigencia de la necesaria confianza del sistema judicial si el juez recusado carece de imparcialidad; debe examinar, en consecuencia, la naturaleza de los hechos que se le atribuyen como violatorios de la Constitución o del ordenamiento judicial, y si su realización, en tanto tenga visos de verosimilitud, pudo o no comprometer su imparcialidad.

9°. Lo expuesto es determinante y justifica, de un lado, que la ley exija que el recusante explique con la mayor calidad posible el motivo que invoca (así, artículo 31° del Código de Procedimientos Penales); y, de otro lado, que se ofrezcan los medios probatorios necesarios para acreditar la causal (así, artículo 34°-A del citado Código). Se está ante un incidente que requiere de un procedimiento debido y, específicamente, de la acreditación de los motivos que se aleguen, para lo cual es aplicable, en lo pertinente, el artículo 90° del Código de Procedimientos Penales –en especial, el último extremo del apartado uno-."

I. PRINCIPIO *NE BIS IN ÍDEM*

165

§165. Principio *ne bis in ídem* material

Recurso de nulidad	2090-2005-LAMBAYEQUE
Fecha	17 de junio de 2006
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República
Jueces Supremos	Sivina Hurtado, San Martín Castro, Valdez Roca, Lecaros Cornejo y Calderón Castillo.

RESUMEN:

En virtud al principio ne bis in idem material es que ***se prohíbe sancionar más de una vez por el mismo contenido injusto****. Por tanto, se establece que sólo es posible sancionar conductas que se encuentran tipificados previamente. De esta manera se respeta los principios de legalidad y de proporcionalidad.*

FUNDAMENTOS:

"**4º.** Que el procedimiento administrativo sancionador busca garantizar sólo el funcionamiento correcto de la administración pública, las sanciones disciplinarias tienen, en general, la finalidad de garantizar el respeto de las reglas de conducta establecidas para el buen orden y desempeño de las diversas instituciones colectivas y, como tal, suponen una relación jurídica específica y conciernen sólo a las personas implicadas en dicha relación y no a todas sin distinción, como acontece en general con las normas jurídicas penales; que las medidas disciplinarias constituyen la contrapartida de los deberes especiales a que están sometidos sus miembros y el derecho administrativo sancionador no se rige por el principio de lesividad sino por criterios de afectación general, de suerte que ***la sanción administrativa no requiere la verificación de lesión o***

puesta en peligro de bienes jurídicos y generalmente opera como respuesta ante conductas formales o de simple desobediencia a reglas de ordenación; que, en cambio, el delito debe encerrar siempre un mayor contenido de injusto y de culpabilidad; que la lesividad o peligrosidad de la conducta y el menoscabo al bien jurídico son siempre de mayor entidad en el delito con relación a la infracción administrativa.

5º. Que el ***principio ne bis in idem material*** tiene conexión con los principios de proporcionalidad y de legalidad, el primero se encuentra vinculado a la llamada "prohibición de exceso", esto es, sancionar más de una vez por el mismo contenido injusto implica imponer una sanción no prevista en la ley, puesto que el artículo VIII del título preliminar del código penal establece que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho; y, el principio de legalidad garantiza la seguridad jurídica debido que sólo se puede sancionar conductas que se encuentran tipificados previamente."

J. PRINCIPIO ACUSATORIO

166

§166. Principio acusatorio e imposibilidad para variar el contenido esencial del elemento fáctico de la imputación

Casación	709-2016/LAMBAYEQUE
Fecha	08 de junio del 2017
Procedencia	Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Cevallos Vegas.
Disposiciones estudiadas	Arts. 349º, 352º, 374º y 387º del NCPP

RESUMEN:

La acusación debe cumplir con el artículo 349, apartado 1, literal b), del Código Procesal Penal: relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado. Igualmente, desde tal exigencia de estabilidad de los cargos y de su conocimiento por el imputado, toda modificación, aclaración o subsanación en sede de etapa intermedia debe ser objeto de previo conocimiento por las partes (artículo 352, apartado 2, del Código Procesal Penal) —acusación aclaratoria—; así como, durante el juicio, es posible incorporar un hecho nuevo o una nueva circunstancia, siempre que modifique la calificación legal o integre un delito continuado —no cualquier hecho ni circunstancia—, a través de la acusación complementaria (artículo 374, apartado 2, del Código Procesal Penal); y, concluido el debate probatorio, es factible formular una acusación oral adecuada —solo respecto de la pena y reparación civil—, o una acusación oral corregida —que corrija errores materiales o incluya una circunstancia, siempre que no modifique esencialmente la imputación, ni provoque indefensión en la medida en que fue debatida en el curso del debate— (artículo 387, numerales 2 y 3, del Código Procesal Penal).

Desde el principio acusatorio, se exige, entre otras líneas de correlación, la denominada congruencia fáctica. Ésta es de carácter objetivo, y se refiere al hecho punible- a la fundamentación de la pretensión-, que se atribuye al imputado. Tiene que ver con un acontecimiento real constitutivo de algún tipo de delito incriminado al imputado; y, dentro de él, al núcleo esencial del hecho -a su esencialidad histórica, no a sus circunstancias accesorias-. El hecho debe ser coincidente, no idéntico, según el relato acusatorio y la declaración de hechos probados de la sentencia. Ha de respetar los lineamientos esenciales de la respectiva ejecución delictiva descripta por la acusación, lo que en modo alguno elimina la posibilidad de mayores concreciones fácticas -para hacer más completo y comprensible el relato- e, incluso, de degradación entre hecho acusado y hecho condenado, siempre que respete su base nuclear, insustituible por cierto.

FUNDAMENTOS:

1. Del primer motivo de casación

PRIMERO. Que el primer motivo de casación es el inobservancia de precepto constitucional de carácter procesal: debido proceso y defensa procesal (artículo 139, numerales 3 y 14, de la Constitución), en directa relación con el artículo X del Título Preliminar y artículos 349, apartado 1, 352, apartado 2, 374, apartado 2, y 387, apartados 2 y 3, del Código Procesal Penal.

El artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal desarrolla la garantía de defensa procesal. Es de destacar, a los efectos de la dilucidación del caso, el derecho del imputado a que se le comunique detalladamente la imputación formulada en su contra —los cargos, claros y precisos en lo esencial, se corresponden con lo que debe plantear la Fiscalía, de suerte que el órgano jurisdiccional en la sentencia debe respetar los hechos, debatidos en el acto oral, que incorpora el Ministerio Público—.

En esa perspectiva fundamental, la acusación debe cumplir con el artículo 349, apartado 1, literal b), del Código Procesal Penal: relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado. Igualmente, desde tal exigencia de estabilidad de los cargos y de su conocimiento por el imputado, toda modificación, aclaración o subsanación en sede de etapa intermedia debe ser objeto de previo conocimiento por las partes (artículo 352, apartado 2, del Código Procesal Penal) —acusación aclaratoria—; así como, durante el juicio, es posible incorporar un hecho nuevo o una nueva circunstancia, siempre que modifique la calificación legal o integre un delito continuado —no cualquier hecho ni circunstancia—, a través de la acusación complementaria (artículo 374, apartado 2, del Código Procesal Penal); y, concluido

el debate probatorio, es factible formular una acusación oral adecuada —solo respecto de la pena y reparación civil—, o una acusación oral corregida —que corrija errores materiales o incluya una circunstancia, siempre que no modifique esencialmente la imputación, ni provoque indefensión en la medida en que fue debatida en el curso del debate— (artículo 387, numerales 2 y 3, del Código Procesal Penal).

SEGUNDO. Que la acusación fiscal de fojas una comprendió una secuencia histórica de dos acontecimientos sucesivos: solicitar dinero a la agraviada y recibir el dinero solicitado. Este hecho está comprendido en la Sección III, punto dos "circunstancias concomitantes" de la acusación. En el relato del hecho es claro que se hizo mención a esos dos eventos en línea continuada o progresiva pero con una misma finalidad delictiva: solicitar dinero y recibirlo posteriormente.

Todo el itinerario de este episodio histórico ha sido materia del juicio —lo ha comprendido—, de modo que el imputado no ha podido ver comprometida su posición procesal. Se le atribuyó haber solicitado dinero a la agraviada, la cual —luego de la denuncia ante la Fiscalía Superior de Control Interno— se lo entregó, circunstancias en que fue detenido en flagrancia delictiva. El principio de contradicción, que integra la garantía de defensa procesal, no se ha visto comprometido en perjuicio del imputado, menos el principio acusatorio —que está en función a la formación del objeto procesal—.

TERCERO. Que, por lo demás, la sentencia de primera instancia da cuenta del cargo que, en línea cronológica, parte de la solicitud de dinero y culmina con la entrega del mismo, que el imputado recibió el dinero que con anterioridad había solicitado a la agraviada, como fluye del cuarto fundamento jurídico. Esa conclusión del juicio histórico del fallo tiene su correlato en la acusación oral, en la que se indicó manifiestamente que el imputado solicitó y recibió una prebenda económica de cincuenta soles. Así, correctamente, se indicó en el fundamento jurídico sexto de la sentencia de vista.

CUARTO. Que es incontestable que, desde el principio acusatorio, se exige, entre otras líneas de correlación, la denominada *congruencia* fáctica. Ésta es de carácter objetivo, y se refiere al hecho punible- a la fundamentación de la pretensión-, que se atribuye al imputado. Tiene que ver con un acontecimiento real constitutivo de algún tipo de delito incriminado al imputado; y, dentro de él, al núcleo esencial del hecho -a su esencialidad histórica, no a sus circunstancias accesorias-. El hecho debe ser coincidente, no idéntico, según el relato acusatorio y la declaración de hechos probados de la sentencia. Ha de respetar los lineamientos esenciales de la respectiva ejecución delictiva descripta por la acusación, lo

que en modo alguno elimina la posibilidad de mayores concreciones fácticas -para hacer más completo y comprensible el relato- e, incluso, de degradación entre hecho acusado y hecho condenado, siempre que respete su base nuclear, insustituible por cierto.

QUINTO. Que, en consecuencia, en el presente caso, el suceso histórico o hecho objeto del proceso no se alteró en su esencialidad. La acusación hizo referencia a una línea secuencial de configuración del hecho delictivo, que se inició con la solicitud indebida de dinero por el encausado en relación a una actividad propia de su cargo y culminó con recepción del mismo. Todo ese episodio histórico -hecho procesal- está incurso en el artículo 396 del Código Penal en concordancia con el artículo 395 del Código acotado.

No está en discusión, por no integrar el motivo de casación, si es de aplicación el primer o el segundo párrafo del artículo 395 del Código Penal. En todo caso, la pena es la misma: privación de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación y ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa. Se trataría simplemente de un problema de subsunción normativa, sin efectos lesivos a la posición jurídica del imputado, teniendo en cuenta el relato del suceso histórico descripto en la acusación.

El motivo de casación debe desestimarse y así se declara.

§ 2. *Del segundo motivo de casación*

SEXTO. Que el segundo motivo de casación es el de quebrantamiento de precepto procesal. Tiene que ver con la denuncia de inobservancia del artículo 393, apartado 1, del Código Procesal Penal, en orden a la exigencia de valoración solo de las pruebas actuadas y debatidas en el juicio oral. Esta prescripción afirma la obligatoriedad del principio de legalidad procesal referido a las reglas de valorabilidad de las pruebas.

Sobre el particular, el artículo 393, apartado 1, de la Ley Procesal Penal estipula que "*El Juez Penal no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio*". La incorporación de un medio de prueba al juicio –ofrecimiento, admisión y actuación- no es suficiente para su valoración, hace falta que éste haya accedido correctamente al debate; esto es, que cumpla con la legalidad procesal, con las disposiciones del Código sobre la prueba.

SÉPTIMO. Que, al respecto, el impugnante denunció que el Tribunal Superior valoró un supuesto medio de prueba no admitido, actuado ni debatido en el juicio. Se trata del Disco Compacto adelante, CD- que contiene la filmación de la intervención

policial-fiscal al citado procesado, lo que dio lugar a la confirmación de la condena que se le dictó pues incidió en un dato esencial del juicio de culpabilidad.

Ahora bien, es verdad que en la audiencia de control de la acusación de fajas veintidós, de diez de febrero de dos mil dieciséis, el Fiscal oralizó el mencionado CD, pero no lo ofreció como medio de prueba; y, en el acto oral, el Juzgado Penal lo rechazó, conforme aparece a fojas Cincuenta, de dos de marzo de dos mil dieciséis. Es por ello que la sentencia de primera instancia no lo mencionó como medio de prueba de cargo que era del caso interpretar y valorar. El Tribunal Superior, en cambio, en el fundamento jurídico quinto, "Análisis del caso sobre la nulidad deducida", en el punto noveno [folio trece de la sentencia de vista], anotó lo siguiente: "Respecto *a* la falta de elementos *de convicción contenidos* en el *acta de* intervención, en efecto, es *escueta, lo que obedece al hecho de haber sido filmada dicha* intervención, *filmación* en la *cual* se *ha logrado* determinar que el billete de cincuenta *nuevos soles [...],* previamente *fotocopiado aparece dentro de* los expedientes, *pero* en el ámbito *de dominio pleno del imputado, por haberse encontrado entre el tablero y la pantalla de la computadora,* estando delante de *esos objetos informáticos algunos* expedientes que *separaban* en *cierto modo,* el límite entre *público* y su ámbito de dominio...».

OCTAVO. Que es evidente, entonces, que, de valoró lo -que no debía valorar porque no integraba siempre que se entienda que el acta de intervención es una prueba documental distinta de la filmación de la diligencia correspondiente que se encuentra perennizada en un CD.

En el párrafo transcripto, la Sala de Apelaciones mencionó el acta de intervención, que sí fue admitida en sede intermedia, actuada y debatida en el acto oral, y valorada en la sentencia de primera instancia. Sin embargo, agregó a ese medio de prueba, para obtener un más completo elemento de prueba de una misma diligencia procesal, el contenido del CD, que en todo caso complementaba y reflejaba objetivamente lo sucedido en esa diligencia —es, en buena cuenta, una unidad inescindible el acta de intervención con la filmación que refleja la propia diligencia de intervención, en tanto prueba preconstituida—. Si bien esto último es rigurosamente cierto, es obvio también que si una prueba documental completa otra, y da cuenta de lo sucedido en el conjunto integral de la diligencia de intervención, necesariamente debió ser incorporada al material probatorio, lo que no sucedió en el sub-lite. Luego, no es posible, por razones vinculadas a las garantías de defensa en juicio y de tutela jurisdiccional, completar una prueba documental con otra no incorporada como material probatorio.

NOVENO. Que, empero, es de tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 432, apartado 3, del Código Procesal Penal, que establece que los errores jurídicos que no influyen en la parte dispositiva de la sentencia recurrida no causan nulidad. La declaración de nulidad de un acto procesal, en especial de la sentencia y del juicio precedente, exige no solo la simple infracción de la norma, sino que se haya ocasionado una afectación real a alguna de las partes, que se cause efectiva indefensión material (principio de trascendencia de las nulidades). No tiene relevancia a efectos casacionales la denuncia de un vicio existente en los motivos jurídicos de la resolución impugnada si no trasciende al fallo ocasionando su no ajuste a derecho —es la denominada teoría de la causalidad del vicio respecto del fallo o dispositivo de la sentencia impugnada— [GUZMÁN FLUJA, VICENTE: *El recurso de casación civil,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, páginas 104-105].

DÉCIMO. Que, en el presente caso, es de mencionar, según la sentencia de primera instancia, el mérito del acta de intervención correspondiente, avalada por las declaraciones de los efectivos policiales intervinientes Edgar Picón Lazada y Víctor Javier Chafloque Oliden. De igual manera, la declaración de la agraviada Segunda Clara Valdivia Torres y su previa denuncia verbal, así como el billete de cincuenta soles en cuestión y, antes, el acta de recepción- fotocopiado y entrega de billetes, así como el acta de registro 'de lectura de llamadas realizadas al celular de la denunciante Valdivia Torres y la carta de telefónica que dan cuenta de las llamadas entre imputado y agraviada.

Estos medios de prueba, analizados individual y conjuntamente, arrojan un resulta probatorio contundente: el imputado Paico Ramírez, abusando de su cargo de Secretario de Juzgado, pidió dinero —y lo recibió— a una litigante para favorecerla en el trámite de la causa que seguía con determinada información o actuación secretarial. La intervención policial está consolidada con unas actuaciones previas de denuncia y de fotocopiado del dinero que debía entregarse al imputado, y además se confirma con las declaraciones de los policías intervinientes y el resultado de la misma diligencia. Nada hace pensar que medió una denuncia espuria y una intervención de la autoridad sin garantías ni eficacia probatoria.

En estas condiciones, dada la pluralidad de pruebas coherentes y coincidentes entre sí, la filmación de la diligencia de intervención resulta superabundante. Su exclusión del material probatorio no importa que el juicio de culpabilidad decaiga, dado que, es de insistir, consta en autos prueba suficiente para enervar la presunción constitucional de inocencia.

El motivo de casación denunciado debe rechazarse y así se declara.

UNDÉCIMO. Que, estando a la desestimación del recurso de casación por el imputado, es de aplicación el artículo 497, numerales 1, 2 y 3, del Código Procesal Penal, así como los artículos 504, apartado 2, y 506 del citado Código, por lo que debe condenarse al imputado al pago de las costas.

167

§167. Principio acusatorio como garantía esencial del proceso penal

Queja	1678-2006-LIMA
Fecha	13 de abril de 2007
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Jueces Supremos	Salas Gamboa, San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Príncipe Trujillo y Urbina Ganvini.
Fundamentos jurídicos vinculantes	4°, 5° y 6°

RESUMEN:

El principio acusatorio es una garantía esencial que integra el contenido del debido proceso y delimita el objeto del mismo. Así, ***la acusación fiscal es la que determina el objeto del proceso y está definida, en su aspecto objetivo, por la denominada fundamentación fáctica****, lo que quiere decir que el hecho histórico subsumible en un tipo penal de carácter homogéneo es fijado por el Ministerio Público.*

FUNDAMENTOS:

"***CUARTO:*** Que, en cuanto al *principio acusatorio*, es evidente –según doctrina procesalista consolidada- que se trata de una de las garantías esenciales del proceso penal, que integra el contenido esencial del debido proceso, referida al objeto del proceso, y determina bajo qué distribución de roles y bajo qué condiciones se realizará el enjuiciamiento del objeto procesal penal (conforme: GIMENO SIENDRA, Vicente: *Derecho Procesal Penal*, Editorial Colex, Madrid, pp. 179).

Que, entre las ***notas esenciales*** de dicho principio, en lo que es relevante al presente caso, se encuentra, *en* ***primer*** *lugar*, que el objeto del proceso lo fija el Ministerio Público, es decir, los hechos que determinan la incriminación y

ulterior valoración judicial son definidos por el Fiscal, de suerte que el objeto del proceso se concreta en la acusación fiscal –que a su vez debe relacionarse, aunque con un carácter relativo en orden a la propia evolución del sumario judicial, con la denuncia fiscal y el auto apertorio de instrucción que sencillamente aprueba la promoción de la acción penal ejercitada por el Fiscal, respecto a la cual la decisión judicial debe ser absolutamente respetuosa en orden a sus límites fácticos; y, *en segundo lugar*, que la función de acusación es privativa del Ministerio Público y, por ende, el juzgador no ha de sostener la acusación; que esto último significa, de acuerdo al aforismo Nemo iudex sine acusatore, que si el Fiscal no formula acusación, más allá de la posibilidad de incoar el control jerárquico, le está vedado al órgano jurisdiccional ordenar al Fiscal que acuse y, menos, asumir un rol activo y, de oficio, definir los ámbitos sobre los que discurrirá la selección de los hechos, que sólo compete a la Fiscalía: el presupuesto del juicio jurisdiccional es la imputación del Fiscal; que, por tanto, si el órgano judicial está conforme con el dictamen no acusatorio del Fiscal Provincial y, por ello, no decide incoar el procedimiento para forzar la acusación, y si a continuación, con motivo del recurso de apelación de la parte civil, el Fiscal Superior igualmente emite un dictamen no acusatorio, ratificando el parecer del Fiscal Provincial –es de recordar al respecto que el Ministerio Público, a nivel institucional, está regido por el principio de unidad en la función y dependencia jerárquica, de suerte que, en estos casos, prima el parecer del Superior Jerárquico y si éste coincide con lo decidido por el Fiscal Inferior concreta y consolida la posición no incriminatoria del Ministerio Público- no existe la posibilidad jurídica que el órgano jurisdiccional de Alzada dicte una resolución de imputación;

Que no obstante ello, como ha venido sosteniendo esta Suprema Sala en reiterada jurisprudencia, y pese a lo expuesto, es posible – asumiendo una ponderación de otros derechos fundamentales en conflicto- una anulación del procedimiento cuando, de uno u otro modo, y de manera especialmente relevante, afecte el derecho a prueba de la parte civil –que integra la garantía constitucional de defensa procesal- o la decisión fiscal incurra en notorias incoherencias contradictorias o defectos de contenido que ameritan un nuevo pronunciamiento fiscal y, en su caso, la ampliación de la propia instrucción, tales como se omite valorar determinados actos de investigación o de prueba, no se analiza determinados hechos que fueron objeto de la denuncia fiscal y del auto de apertura de instrucción, así como, desde otra perspectiva, se niega inconstitucionalmente la actuación de prueba pertinente ofrecida oportunamente en la oportunidad, el modo y forma de ley por la parte civil o cuando admitida

la prueba no se actúa en función a situaciones irrazonables, que no son de cargo de aquélla.

Que, en el presente caso, no se ha producido ninguna de las situaciones de excepción ancladas en el derecho a la prueba o a la completa valoración de los hechos que integran la instrucción judicial, por lo que, la invocación del principio acusatorio como motivo suficiente para confirmar el sobreseimiento, es legalmente correcto y no infringe precepto constitucional alguno.

QUINTO: Que, como se ha dejado expuesto, el objeto del proceso se concreta en el dictamen final del Ministerio Público, que cuando es acusatorio introduce la pretensión penal, que a su vez está definida, en su aspecto objetivo, por la denominada "fundamentación fáctica", esto es, el hecho punible, el hecho histórico subsumible en un tipo penal de carácter homogéneo -esos hechos son formulados por el Ministerio Público a una persona determinada, y en su definición o concreción no puede intervenir el órgano jurisdiccional.

Que los hechos delimitados en la acusación fiscal de fojas doscientos treinta y tres se circunscriben, en su esencia, a la falsificación de una partida bautismo que se presentó en un proceso jurisdiccional y, mediante ella, se logró un fallo que sirvió para afectar derechos patrimoniales de la agraviada Comercial Inmobiliaria Santa Teresa Sociedad Anónima; que el citado documento falso se utilizó el veinticinco de julio de mil novecientos ochenta y cuatro y dio lugar a sendas sentencias jurisdiccionales que culminaron con la Ejecutoria Suprema del veintiuno de febrero de mil novecientos ochenta y nueve, tal como se indica a fojas quinientos ocho de la sentencia penal de primera instancia -dato de hecho que no ha sido objetado por el quejoso-; por tanto, es a partir de esa fecha -es obvio que durante la tramitación del proceso civil y hasta que no se culminara no era posible promover la acción penal pues de acuerdo al artículo ochenta y cuatro del Código Penal está vigente una causal jurisdiccionales estaba vigente una la de suspensión del plazo de prescripción- que empieza a correr el plazo de la prescripción extraordinaria, en tanto que el delito de falsedad es de comisión instantánea y se consuma, en todo caso, cuando a sabiendas se utiliza el documento falso -un supuesto típico distinto de la confección, alteración. modificación falsaria del documento y que, asimismo, puede concurrir con él y ser perpetrado por el propio autor de la elaboración del documento falso es un tercero-, el cual en el presente caso sustento una demanda y dio lugar a una sentencia que consolidó el propósito criminal del agente -es de insistir que el uso de un documento falso es un delito de estructura instantánea aunque sus efectos puedan prolongarse más allá, por lo que, en principio, el plazo de prescripción empezara a contarse desde

el momento de su utilización-; que si cuenta el plazo desde el veintiuno de febrero de mil novecientos ochenta y nueve hasta la fecha de la sentencia de vista del siete de agosto de dos mil seis ha transcurrido más de quince años, en tanto se calificó que el documento falso era de carácter público, por lo que la declaración de prescripción es legalmente correcta.

SEXTO: Que si bien es cierto que en el curso del procedimiento se dedujo una excepción de prescripción y, finalmente, este Supremo Tribunal la desestimó mediante Ejecutoria de fojas trescientos cuarenta y siete, del ocho de julio de mil novecientos noventa y nueve, bajo el argumento que con la partida de bautismo falsa promovió una serie de demandas civiles de desalojo en los años mil novecientos noventa y cuatro, mil novecientos noventa y cinco y mil novecientos noventa y seis, a partir de las cuales debe computarse el plazo de prescripción, es de precisar que la acusación fiscal delimitó el objeto procesal a la alteración de la partida de bautismo y su utilización en el proceso de contradicción de sentencia -dato que es compatible con las denuncias fiscales formalizadas de fojas cientos treinta y cinco y doscientos treinta y uno-, en consecuencia, es ese el marco de referencia bajo los precisos contornos del principio acusatorio, cuya esencia en virtud de su jerarquía constitucional debe respetarse en todo momento por el órgano jurisdiccional, de suerte que una resolución interlocutoria no puede, en esos estrictos ámbitos, definir anteladamente el contenido fáctico y, luego, la apreciación jurídica del órgano de mérito cuando deba dictar sentencia, siempre que esté de por medio la vigencia de las garantías procesales constitucionalizadas."

168

§168. Principio Acusatorio y límites a las facultades de la parte civil en el proceso penal

Recurso de Nulidad	1969-2016-LIMA NORTE
Fecha	01 de diciembre del 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Príncipe Trujillo.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Príncipe Trujillo.
Disposiciones estudiadas	Artículos 92°, 4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

RESUMEN:

La incoación de la persecución penal pública incumbe exclusivamente al Ministerio Público. Tanto la Corte Suprema de Justicia de la República, como el Tribunal Constitucional, han emitido pronunciamientos similares respecto al significado y trascendencia del Principio Acusatorio. La tendencia está orientada a respetar los fueros competenciales de cada sujeto procesal en el devenir de un proceso penal, asignándosele funciones acusatorias y de pretensión de condena al Ministerio Público, y labores de juzgamiento del objeto procesal al Poder Judicial. El perjudicado en el delito detentará legitimidad procesal, siempre que su actuación tenga por objetivo defender los derechos que le corresponden en relación con la responsabilidad civil derivada del hecho delictivo. La única limitación se circunscribe al objeto penal: No le atañe requerir la sanción penal, formular solicitudes al margen de su derecho indemnizatorio, solicitar medidas limitativas de derechos e intervenir en el procedimiento correspondiente cuando no está referido al objeto civil.

El daño a la persona comprende el daño emergente, el daño corporal y el daño psicológico. La medición del lucro cesante surge a partir de ciertos indicadores objetivos, entre ellos, la ocupación laboral o vocación estudiantil, que permitan fijar una suma

proporcional con la pérdida de ingresos económicos futuros. Se refiere, concretamente, a la falta de ganancias que lícitamente se hubiera producido a favor del perjudicado, en caso que el delito no se hubiera perpetrado. El daño moral, cuya incidencia no repercute en el patrimonio, entraña una perturbación a las condiciones anímicas; canalizadas mediante sentimientos de angustia, tristeza y desánimo, entre otros, siendo una característica común el padecimiento emocional o psicológico del afectado por el delito, sea el agraviado directamente con la acción delictiva, o en su caso, los familiares con una íntima vinculación afectiva.

FUNDAMENTOS:

DE LA ABSOLUCIÓN DEL ACUSADO DEL DELITO DE SECUESTRO.-

QUINTO: En principio, cabe señalar que el señor FISCAL ADJUNTO SUPERIOR no impugnó la absolución dictada a favor del procesado RONY Luís GARCÍA GUZMÁN por el delito de Secuestro. Tal aspecto debe ser valorado en primer orden, pues, conforme al reparto funcional de roles asignado a cada sujeto procesal, en el contexto de un debido proceso penal, corresponde únicamente al Ministerio Público la promoción y el ejercicio de la acción penal, así como la persecución pública del delito. La intervención procesal de la PARTE CIVIL, si bien es coadyuvante en la acreditación del hecho histórico postulado por el Ministerio Público; sin embargo, no es independiente a los lineamientos persecutores que éste imponga, salvo que se trate de un ilícito perseguible por acción privada [calumnia, difamación o injuria]. La PARTE CIVIL ejerce facultades probatorias, en aras de garantizar la prestación de una reparación civil proporcional al daño patrimonial y extra patrimonial generado a consecuencia del hecho punible, lo cual, no implica que deba irrogarse funciones cuya titularidad no le concierne. La incoación de la acción penal pública incumbe exclusivamente al Ministerio Público. Esta consideración tiene como base normativa lo establecido en el artículo 159° de la Constitución Política del Estado, siendo pertinente destacar, entre las principales atribuciones del Ministerio Público; Iris siguientes: *"Promover* de oficio, o a *petición* de *parte, la* acción *judicial en defensa* de la legalidad y de los *intereses* públicos tutelados por el *derecho"* [numeral 1)] *y "Ejercitar* la acción *penal* de oficio o a petición de parte" [numeral 5)].

SEXTO: Sin duda el objetivo institucional del proceso penal es la averiguación de la verdad [1]. Dicho propósito, sin embargo, no tiene contenido

ilimitado; por el contrario, se enmarca en el cumplimiento de ciertos principios procesales que orientan la secuencia del proceso investigativo. Dos son los principios de mayor significación: El **PRINCIPIO DE OFICIALIDAD** y el **PRINCIPIO ACUSATORIO.**

- PRINCIPIO DE OFICIALIDAD. - El ejercicio de la acción penal y la formulación de una pretensión punitiva, son prerrogativas ejercidas a instancia privativa del Ministerio Público, como órgano constitucional público especializado. La obtención de la verdad requiere del cumplimiento de vías formalizadas, por lo tanto, la persecución delictiva debe ser promovida por organismos oficiales del Estado, no quedando librada a la voluntad del lesionado en el delito. Esto implica que el Estado no tiene únicamente la pretensión penal material, sino también el derecho y la obligación de perseguir penalmente [2]. De ello se derivan dos tipos de beneficios: De un lado, constituye una garantía de que las investigaciones se realicen en forma debida y correcta, mediante la actuación de las diligencias convenientes para la comprobación del delito, en un escenario formal de averiguación. Y de otro lado, cumple una finalidad proteccionista, es decir, se busca que las investigaciones, como parte de la persecución delictiva, se realicen con la mayor moderación posible, legitimando el resultado de la indagación criminal y la posible aplicación de una consecuencia jurídico - penal. Con ello, se busca abstraer a la parte ofendida en el delito, de la posibilidad de ejercer justicia de modo particular [método auto compositivo], encomendándosele dicha facultad a órganos dotados de imparcialidad y legitimidad pública: Ministerio Público y Poder Judicial, personificados en el Fiscal y el Juez [método hetero compositivo] . Y es que, el, delito, con arreglo al principio de intervención mínima, ha de ser siempre indisponible, perteneciendo al Estado su persecución, aunque el sujeto pasivo de la acción no muestre voluntad favorable. De ahí que se conciba al delito como un fenómeno público, y no un acto privado [3].
- **PRINCIPIO ACUSATORIO.-** La función jurisdiccional no es absoluta sobre la acreditación del objeto procesal. La decisión judicial debe observar las garantías y principios inherentes al debido proceso, uno de las cuales lo constituye el PRINCIPIO ACUSATORIO. Los alcances de este principio han sido puntualizados en importante jurisprudencia, tanto judicial como constitucional. Es pertinente destacar los siguientes pronunciamientos: **i]** Recurso de Queja Excepcional número 1678 - 2006/LIMA, de fecha trece de abril de dos mil siete, emitido por la Sala Penal Permanente,

donde se señala que la acusación fiscal es privativa del Ministerio Público y el presupuesto del juicio jurisdiccional es la imputación del Fiscal [FJ sétimo]; ii] Recurso de Nulidad número 2358 - 2009/LIMA, de fecha veintiuno de diciembre de dos mil nueve, expedido por la Sala Penal Permanente, que reconoce su integración al contenido esencial de la garantía del debido proceso, conforme al artículo 139, numeral. 3), de la Constitución Política del Estado, e informa el objeto del proceso penal. A través de este principio, se determina bajo qué distribución de roles y bajo qué condiciones se efectuará el juzgamiento de .la pretensión penal. La fundamentación reside en la preservación de la, imparcialidad del Juez, que podría verse comprometida si se le atribuyeran, a él mismo, las funciones de descubrir, investigar y perseguir los hechos posiblemente constitutivos de delito. A la vez, comprende dos elementos característicos. Uno, alusivo al desdoblamiento de las funciones de investigación y de decisión, a cargo de dos órganos públicos distintos, el Juez Instructor o Penal, en el Código de Procedimientos Penales, y el Ministerio Público, en el Nuevo Código Procesal Penal, sustentado en el artículo 159°, numeral 4), de la Constitución Política del Estado. Y otro, referente a la distribución de las funciones de acusación y decisión, en armonía con el aforismo nemo iudex *sine* acusatore, el cual, incluso, se extiende a la promoción de la acción penal, a la inculpación penal, y a la propia incoación de la instrucción o de la investigación preparatoria [FJ segundo]; STC número 4552 - 2013 - PHC/TC - La Libertad, de fecha veintiséis de junio de dos mil catorce, donde se precisa que: **a)** No puede existir juicio sin acusación, debiendo ser formulada ésta por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador, de manera que si el Fiscal no formula acusación contra el imputado, el proceso debe ser sobreseído necesariamente; **b)** No puede condenarse por hechos distintos de los acusados, ni a persona distinta de la acusada; **c)** No pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad [FJ quinto]; y, iv] STC número 2005 - 2006 - PHC/TC -Lima, de fecha trece de marzo de dos mil seis, estableciéndose que :ID *primera de las características del principio* acusatorio (...) guarda directa *relación* con la *atribución del Ministerio Público,* reconocida en *el artículo 159° de* la *Constitución, entre* otras, de *ejercitar la acción penal. Siendo exclusiva la* potestad del *Ministerio Público de* incoar la acción *penal y de acusar,* a falta de ésta, el proceso debe *llegar* a su fin (...)". [FJ sexto y sétimo]; entre otras.

SÉTIMO: Está claro, entonces, que tanto la Corte Suprema de Justicia de la República, como el Tribunal Constitucional, han emitido pronunciamientos similares respecto al significado y trascendencia del Principio Acusatorio. La tendencia está orientada a respetar los fueros competenciales de cada sujeto procesal en el devenir de un proceso penal, asignándosele funciones cusabrias y de pretensión de condena al Ministerio Público, y labores de juzgamiento del objeto procesal al Poder Judicial. El perjudicado en el delito detentará legitimidad procesal, siempre que su actuación tenga por objetivo defender los derechos que le corresponden en relación con .1a responsabilidad civil derivada del hecho delictivo. La única limitación se circunscribe al objeto penal: No le atañe requerir la sanción penal, formular solicitudes al margen de su derecho indemnizatorio, solicitar medidas limitativas de derechos e intervenir en el procedimiento correspondiente cuando no está referido al objeto civil [4].

OCTAVO: Los argumentos antes mencionados son pertinentes para rechazar la pretensión anulatoria de la PARTE CIVIL, respecto a la absolución del acusado por el delito de Secuestro. Como ya se ha señalado, a la PARTE CIVIL le está vedada la posibilidad jurídica de insertar alguna pretensión acusatoria, al margen de las disposiciones incriminatorias, de contenido oficial, del Ministerio Público [Principio de Oficialidad]. En el modelo procesal vigente, si el Fiscal decide no persistir en la persecución pública del delito, la misma debe fenecer inmediatamente [Principio Acusatorio]. Las atribuciones del Ministerio Público no pueden ser ejercidas por ningún otro órgano, al no existir norma constitucional que habilite un supuesto de excepción. El cese de la acción persecutora del delito puede manifestarse, a nivel del ordenamiento procesal nacional, sea emitiendo una acusación formal

[artículo 92° numeral 4), de la Ley Orgánica del Ministerio Público], o mediante el retiro de la acusación [artículo 274° del Código de Procedimientos Penales]; lo que forma parte de la autonomía constitucional del Ministerio Público reconocida en el artículo 158° de la Constitución Política del Estado. En ningún caso es viable que el órgano jurisdiccional decida lo opuesto, es decir, emita Orla condena que presuponga la subsistencia de una pretensión penal. De tal manera que, en esas condiciones, no corresponde autorizarlo a que expida una sentencia condenatoria, ni siquiera bajo la justificación de que los hechos enjuiciados están bajo su dominio, y que, por tanto, todo se circunscribe a un asunto de valoración de la prueba; pues hacerlo evidenciaría el mantenimiento de oficio de la acusación por el órgano sentenciador, convirtiéndose en inquisitivo.

NOVENO: En el caso analizado, el señor FISCAL ADJUNTO SUPERIOR, durante el juicio oral, en la etapa procesal de requisitoria oral, conforme al artículo 273° del Código de Procedimientos Penales, y respetando los límites fácticos del dictamen escrito de fojas mil doscientos noventa y cuatro, formuló **ACUSACIÓN SUSTANCIAL** contra el procesado RONY LUÍS GARCÍA GUZMÁN por el delito de Lesiones Graves por Violencia Familiar; más no así por el delito de Secuestro, por el que sólo realizó una **ACUSACIÓN FORMAL,** argumentando la existencia de duda razonable sobre la materialidad del mismo [fojas mil ochocientos noventa y tres]. La acusación formal motivó a que la Sala Penal Superior emitiera una sentencia absolutoria a favor del acusado RONY Luís GARCÍA GUZMÁN, por el delito de Secuestro; la cual fue consentida por el señor FISCAL ADJUNTO SUPERIOR, al no haber interpuesto recurso de nulidad. Por lo tanto, el citado extremo absolutorio de la sentencia recurrida debe ser ratificado, en aplicación del Principio Acusatorio, que tiene rango constitucional.

DÉCIMO: Respecto a los agravios de la PARTE CIVIL, sobre dicha absolución, --este Supremo Tribunal considera necesario realizar algunas precisiones / respecto a la configuración del delito de Secuestro, de cara al factum postulado por el Ministerio Público: **A.** En doctrina se considera que el bien jurídico tutelado en el delito de Secuestro es la libertad personal, entendida como la libertad ambulatoria o de locomoción, es decir, la facultad o capacidad de las personas de trasladarse libremente de un lugar a otro, conforme a su espectro volitivo y las circunstancias especiales [5]. La libertad ambulatoria abarca la posibilidad de la persona de fijar libremente su ubicación espacial.

La configuración del delito de Secuestro, conforme a la redacción típica del artículo 152° del Código Penal, exige que el sujeto activo provoque determinadas circunstancias que rescindan la capacidad del sujeto pasivo de trasladarse, a su voluntad, de un lugar a otro. Lo ideal, a los efectos de acreditar la tipicidad objetiva, es verificar una situación de confinamiento que restrinja plenamente la libertad traslativa de la víctima.

C. De esta manera, el ilícito de Secuestro requiere el enclaustramiento de una persona en un espacio geográfico determinado, impidiéndosele, de modo absoluto, la capacidad de movilizarse a todo lugar que ella voluntariamente decida. El sujeto activo, mediante violencia, amenaza, engaño, o cualquier otro medio comisivo con intensidad suficiente para doblegar la voluntad del agraviado, debe lograr que su libre tránsito quede circunscrito a un lugar específico. Para cumplir

dicho objetivo, no es un requisito ineludible que se sustraiga a la víctima del sitio en que se encuentra y se le conduzca a otro lugar, sino que también se configurará tal delito en los casos que se retenga, contra su voluntad, a una persona en el lugar en el que comúnmente habita o se localiza [6]. Lo medular, entonces, será que la libertad ambulatoria de una persona quede demarcada a un espacio geográfico determinado.

D. Ahora bien, la característica fundamental del delito de Secuestro es que el sujeto pasivo no pueda, a su arbitrio, desplazarse más allá de los contornos de un determinado lugar. Es evidente que tal situación sólo ocurrirá cuando entre él y el mundo exterior se interpongan unos límites o barreras infranqueables que restrinjan plenamente su voluntad de desplazamiento. Estas barreras pueden ser físicas (verbigracia: salidas cerradas, puertas enchapadas, etcétera) o personales (verbigracia: una persona impide que otra abandone el lugar donde está retenida). Lo relevante es el efecto que se persigue: Anular su voluntad traslaticia, sea actual o potencial.

Es preciso considerar un supuesto adicional, esto es, los casos en qué el lugar donde se encuentra el sujeto pasivo no posee características de un centro de aislamiento extremo, es decir, no media entre tal persona y el mundo exterior barreras de tipo físico; en tanto que el sometimiento de la libertad ambulatoria sólo se sostiene en los casos de fuerza o posición amenazante de una persona interpuesta. Cabe examinar si las relaciones personales entre los involucrados (matrimonio, concubinato, ascendencia, entre otras), y el hecho de venir compartiendo a través del tiempo un espacio común, no reducen la capacidad de sujeción del sujeto activo del delito, al punto de desaparecerla. Es innegable que, en determinados contextos, subsiste una base de confianza que origina que, en cualquier momento, la persona restringida de su libertad (sea por violencia o amenaza), pueda recobrar dicha facultad (incluso fingiendo una reconciliación). Así, en los supuestos de personas con estrechos vínculos personales, sólo cuando el sujeto activo, aparte de los actos de intimidación o fuerza ejecutados, haya dado muestras (anteriores o concomitantes), de no desear, en absoluto, reanudar los vínculos de confianza que lo unían con el sujeto pasivo podrá sostenerse que la víctima no tenía posibilidades reales de soslayar el obstáculo que se opone al

uso de su libertad personal. Debe tratarse de una cadena reiterada y secuencial de hechos orientados a restringir, de cualquiera forma, el ejercicio irrestricto de la libertad. Sin embargo, quedará excluida la tipicidad objetiva del delito de Secuestro, como es obvio, cuando el sujeto activo recobre junto con el sujeto pasivo, dicho vínculo de confiabilidad, evidenciando un comportamiento natural y cotidiano, que se corresponde con la convivencia o el estrecho vínculo personal que mantuvieron.

F. En el caso que nos ocupa, la agraviada Lizeth Rosario Socia Guillén y el acusado RONY Luís GARCÍA GUZMÁN, convivían y mantenían una relación sentimental al momento de los hechos. Si bien este último lesionó gravemente a la primera, y la habría obligado a permanecer en el departamento durante dos horas aproximadamente, por el temor y la intimidación provocados [factum acusatorio]; es razonable ponderar que, en forma coetánea a dicho lapso temporal, el procesado y la víctima realizaron actos de reanudación de confianza. En efecto, la agraviada Lizeth Rosario Socia Guillén, en sede preliminar, durante la etapa de la' instrucción, y en el juzgamiento [fojas seis, setenta y cuatro, mil ciento setenta y tres, mil cuatrocientos noventa y siete, y mil ochocientos setenta y nueve]; afirmó, en lo pertinente, que después de las agresiones sufridas el 04 de junio de 2012, le solicitó al procesado RONY Luís GARCÍA GUZMÁN que le rocíe whisky en la cara para atenuar sus heridas; incluso a solicitud del mismo, le sirvió la comida con normalidad, e iniciaron una conversación como si nada hubiera sucedido, al punto que el encausado se dirigió hacia ella en los siguientes términos: "[mi amor] *sirve[me]* la comida". Es de acotar que el acusado RONY Luís GARCÍA GUZMÁN, al escuchar ruidos alrededor del departamento, mostró signos de preocupación, dirigiéndose a la habitación principal, abriendo la persiana, e indagando sobre si alguien había escuchado la discusión suscitada. La agraviada reconoció que, en esas circunstancias, cogió su celular, se colocó una casaca, abrió la manija de la puerta principal y salió del domicilio.

G. Aun cuando este comportamiento, según la víctima, fue parte del plan para tranquilizar y distraer al procesado RONY Luís GARCíA GUZMÁN; se vislumbra que, a pesar de la gravedad de las lesiones causadas por este último, desde la perspectiva de ambos, los lazos de

su relación personal se mantuvieron incólumes. En este sentido, dicha agraviada tenía a su disposición la posibilidad de renovar los lazos personales con su agresor y remover el obstáculo que éste representaba, al uso de sus facultades locomotoras; como efectivamente lo hizo. En todo caso, se aprecia que el imputado no realizó alguna maniobra para convertir el • departamento, donde vivía con la agraviada, en una barrera físicá imposible de sortear. Ésta última refirió que para salir del domicilio simplemente abrió la puerta principal. En consecuencia, desde la óptica de la tipicidad objetiva, no cabe la configuración del delito de Secuestro. En cuanto a la presencia del dolo [elemento subjetivo], cabe señalar, que si no se ha acreditado la tipicidad objetiva de la conducta del procesado, carece de objeto analizar la tipicidad subjetiva, que sólo procede cuando se acredita la primera.

H. Finalmente, sobre la relevancia de la prueba personal – testifical propuesta por la PARTE CIVIL; se aprecia que dicha prueba no es directa. En efecto, los testigos Yarenis Armas Vásquez, Gerardo Zamora Flores y Alejandra Pascucci Pantoja [fojas once, ochocientos sesenta y cuatro, mil ciento sesenta y cinco, mil ciento sesenta y nueve, mil setecientos veintiocho, y mil setecientos ochenta y siete], sólo narran circunstancias periféricas. Se refieren al vínculo sentimental y la relación convivencia que mantuvieron el acusado con la agraviada y proporcionaron información sobre las constantes agresiones físicas y psicológicas que ésta padecía. Fuera de ello, dichas testimoniales no engloban datos reveladores e inequívocos sobre el hecho delictivo ocurrido el 04 de junio de 2012, en el departamento número 103 (primer piso), Block A, Condominio Valle Verde - La Ensenada, Distrito de Puente Piedra; concretamente sobre las circunstancias convergentes a la agresión física, menos aún, respecto a la presunta privación de la libertad personal de la agraviada. No se trató de testigos directos o presenciales del delito. Las circunstancias relatadas sólo se orientan a demostrar los constantes conflictos suscitados entre la víctima y el acusado. Por lo tanto, no constituyen prueba idónea y eficaz para acreditar el delito de Secuestro, del cual fue absuelto el encausado.

DE LA CONDENA DEL ACUSADO POR EL DELITO DE LESIONES GRAVES POR VIOLENCIA FAMILIAR.-

A. TIPO PENAL DE LESIONES GRAVES POR VIOLENCIA FAMILIAR.-

DÉCIMO PRIMERO: Según se ha detallado en el considerando Cuarto de la presente Ejecutoria Suprema, la responsabilidad del procesado RONY Luís GARCÍA GUZMÁN, por el delito de Lesiones Graves por Violencia Familiar, está suficientemente probada. Y es que, frente a la condena impuesta por la Sala Penal Superior, expresó su conformidad, no interponiendo recurso de nulidad. En ese sentido, cabe señalar que el tipo penal aplicado está previsto en el artículo 121°, numeral 2), del Código Penal, cuyo texto señala: *"Se consideran lesiones graves (...) Las que mutilan un* miembro u órgano *principal del cuerpo* o lo *hacen impropio para su función, causan* a *una persona incapacidad para el trabajo, invalidez* o *anomalía psíquica permanente* o la ***desfiguran*** de ***manera grave y permanente".*** Este hecho se agrava por haberse cometido en el contexto de violencia familiar, por lo que la pena que corresponde aplicar es la prevista en el artículo 121° - B del Código Sustantivo [vigente en la época de los hechos]. Es preciso considerar que, los términos "grave" y "permanente", han sido ampliamente definidos por la doctrina especializada, considerándose como grave 'a la lesión , cuando modifica profunda y considerablemente la forma habitual de la persona en su círculo social, y permanente cuando la desfiguración es indeleble, irreparable, excluyente de la posibilidad de una *restituo in integrum,* es decir, desfiguración no rectificable por sí misma [1. La característica de irreversibilidad e irreparabilidad debe entenderse en el sentido que por sí misma, la integridad corporal no pueda reconstruirse o restituirse y volver al estado anterior de producida la lesión.

B. DETERMINACIÓN DE LA PENA:

DÉCIMO SEGUNDO: El señor FISCAL ADJUNTO SUPERIOR impugnó el *quantum* de la pena impuesta por el Tribunal Superior, por ser inferior a la solicitada en la acusación escrita. Por tanto, corresponde a este Supremo Tribunal realizar un nuevo esquema operativo de determinación punitiva, a efectos de contrastar la legalidad, proporcionalidad y razonabilidad de la sanción aplicada.

DÉCIMO TERCERO: La determinación de la pena tiene como sustento normativo, tanto el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal [que

vincula la dosis de pena con determinadas características del hecho y vista la proporcionalidad como límite máximo], como los artículos 45° y 46° del citado Código Sustantivo. Además, engloba dos etapas secuenciales marcadamente definidas, la primera denominada "DETERMINACIÓN LEGAL", y la segunda rotulada como "DETERMINACIÓN JUDICIAL". En esta última fase, concierne realizar un juicio ponderativo sobre la presencia de circunstancias agravantes, atenuantes y/o cualquier otra causal de reducción o disminución punitiva.

- **DETERMINACIÓN LEGAL:**

DÉCIMO CUARTO: Estando al Principio de Legalidad de la Pena, debemos remitirnos a la pena conminada prevista para el delito materia de condena [Lesiones Graves por Violencia Familiar], que de acuerdo a los artículos 121°, numeral 2), y 121° - B del Código Penal, es no menor de cinco ni mayor de diez años de pena privativa de libertad. No convergen circunstancias de agravación cualificada, como la reincidencia o habitualidad, cuyos efectos alterarían el límite máximo de la penalidad, configurando un nuevo' marco de punición.

- **DETERMINACIÓN JUDICIAL:**

DÉCIMO QUINTO: Seguidamente, corresponde fijar el quantum punitivo entre el mínimo y el máximo legal. En este punto, los presupuestos para fundamentar y determinar la sanción se encuentran previstos en el artículo 45° del Código Penal; siendo aplicables para el presente caso, las carencias sociales que hubiere sufrido el sentenciado RONY LUÍS GARCÍA GUZMÁN; el nivel de su cultura y costumbres [tiene grado de instrucción secundaria completa (fojas ciento doce)]; y la ausencia de antecedentes penales [fojas quinientos setenta y siete]. Estas circunstancias genéricas de atenuación sólo permiten fijar la pena dentro de los márgenes de la penalidad abstracta que establece el tipo penal de Lesiones Graves por Violencia Familiar [cinco a diez años de pena privativa de libertad]. No concurre alguna causal de disminución dé punibilidad [responsabilidad restringida, tentativa o complicidad secundaria, entre otras], para justificar la imposición de una pena inferior al mínimo legal. Tampoco se configura la bonificación procesal por confesión sincera o conclusión anticipada del juicio oral. En efecto, el acusado RONY LUÍS GARCÍA GUZMÁN en sus manifestaciones policiales de fojas sesenta y uno, y ciento sesenta y dos, en presencia del señor Fiscal Provincial, negó ser el autor de las lesiones graves causadas a la agraviada, aduciendo que éstas fueron ocasionadas por su ex pareja, a quien no pudo identificar con exactitud. En la etapa de instrucción, a fojas quinientos

ochenta y seis, reconoció parcialmente un episodio de agresión, empero, justificó su accionar en diversos motivos carentes de fundabilidad. Justamente negó las circunstancias que connotaban ese hecho como lesiones de tipo graves. En ambas etapas procesales, dicho procesado persistió en la negativa de asumir su responsabilidad, por lo tanto, la versión que esgrime no reúne las características de integridad, veracidad, persistencia, oportunidad y relevancia. Esta conducta procesal no se corresponde con un acto de arrepentimiento, menos aún, con la voluntad de hacerse responsable del delito y asumir plenamente las consecuencias jurídicas derivadas de ello. Asimismo, no se acogió a los alcances de la conclusión anticipada del juicio oral, en cuyo caso se habría logrado una rebaja de la pena. Al inicio del plenario, negó su responsabilidad respecto al delito de Lesiones Graves por Violencia Familiar [fojas mil cuatrocientos setenta y seis].

DÉCIMO SEXTO: Por lo expuesto, consideramos que no está justificada la imposición de una pena por debajo del mínimo legal, tal como la determinó la Sala Penal Superior. El artículo 46° del Código Penal establece; como aspecto básico, que la pena debe imponerse dentro de los límites fijados en la ley. El Principio de Legalidad, se forja como un baremo inexorable en la dosificación punitiva, en tanto que, si no consta una circunstancia de atenuación punitiva o exención incompleta alguna; no es posible imponer una sanción inferior. Si bien es cierto que en algunos casos puede rebajarse la pena hasta límites inferiores al mínimo legal, en aplicación del Principio de Proporcionalidad, también lo es que, para ello, el delito debe estar sancionado con una pena draconiana o desproporcionada, donde el legislador no respetó el Principio de Proporcionalidad Abstracta, al establecer la pena conminada; lo que no sucede en el caso de autos, por cuanto el delito de Lesiones Graves por Violencia Familiar, previsto en el artículo 121° - B del Código Penal, está sancionado con una pena que oscila entre cinco y diez años, la que consideramos proporcionada. En el presente caso, se aplicó una pena de naturaleza suspendida, sin existir atenuantes que lo autoricen e inobservando los presupuestos del artículo 57° del Código Penal. El criterio jurisdiccional de la Sala Penal Superior, al respecto, no es compartido por este Supremo Tribunal, por cuanto distorsiona los efectos compensatorios de las atenuantes y agravantes concurrentes en el caso, otorgándole, inexplicablemente, mayor valor a las atenuantes, en desmedro de la contundencia de las agravantes. La sanción debió revestir una dosis más severa, siempre superior a cuatro años de pena privativa de libertad.

DÉCIMO SÉTIMO: La pena concreta tuvo que determinarse entre cinco y diez años [artículos 121°, numeral 2) y 121°— B del Código Penal]. A los

efectos de su graduación, sólo se tiene como límite el Principio de Congruencia, es decir, el Juez no puede imponer una pena mayor que la solicitada por el Fiscal; de hacerlo, vulneraría, adicionalmente, el Principio Acusatorio, y estaríamos frente a una resolución de naturaleza *ultra* petita, afectando el debido proceso a que tiene derecho el acusado. Siendo ello así, la Fiscalía Superior en lo Penal, en el dictamen acusatorio de fojas mil doscientos noventa y cuatro, solicitó la imposición de siete años de pena privativa de libertad, por lo que no puede aplicarse una sanción superior a la peticionada por el Fiscal. La privación de la libertad de una persona, si bien constituye la consecuencia jurídica más importante del delito, posee limitaciones en un Estado Constitucional de Derecho.

DÉCIMO OCTAVO: Ahora bien, en la determinación judicial de la pena convergen, básicamente, tres tipos de intereses: **i)** Dignidad personal, ii) Entidad del injusto cometido, y iii) Grado de responsabilidad atribuible dl autor. Estos factores son inescindibles en el juicio punitivo y su combinación adecuada arrojará una pena razonable y proporcional. En esa perspectiva, corresponde asumir, en esta clase de delitos, un **CRITERIO AXIOLÓGICO** referente a la naturaleza y gravedad del injusto, esto es, lesiones acaecidas en el contexto familiar, que constituye un factor de agravación especial acorde con la sensibilidad social del hecho punible, y en ningún caso, supone un tratamiento diferenciado respecto a otros delitos igualmente gravosos. Estamos frente a un ilícito que contiene un reproche jurídico absoluto, cuya lógica de ejecución es la reiteración y progresividad de las agresiones físicas y psicológicas, que genera consecuencias devastadoras en la apreciación personal y social de las víctimas de violencia de género; llevándolas, en los casos más extremos, a la muerte. Los vejámenes no se restringen al daño corporal. Abarcan lo referente a la esfera subjetiva, afectándolas severamente en el desarrollo de la personalidad. Es consabido que, en la actualidad, la violencia contra la mujer se ha posicionado como uno de los hechos más execrables desde todo punto de vista social, siendo necesario adoptar medidas sistémicas para neutralizar, en mayor medida, los episodios de violencia. La propensión del daño a la integridad personal por el incremento inusitado de actos de violencia irracional son factores emergentes. Se trata de un fenómeno delictivo transversal a todos los ámbitos de la colectividad. Requiere de un control y respuesta estatal oportuna para contrarrestar sus efectos. Es Una exigencia internacional contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer [10].

De ahí que, respetando el marco de la legalidad, el impacto de las sanciones debe ser lo más intenso posible con la finalidad de disuadir eficazmente esta tipología de delitos, o en su caso, inhibir considerablemente su futura comisión. Se trata de un criterio que debe orientar la actuación de los órganos jurisdiccionales a nivel nacional,

Indistintamente a la jerarquía judicial, y constituye una política institucional: En tal virtud, por razones de prevención general y especial, se refleja que .lb pena impuesta al acusado RONY LUÍS GARCÍA GUZMÁN por la Sala Penal Superior es sumamente benigna. Requiere de una sanción mayor para internalizar correctamente el mandato prohibitivo de la norma infraccionada. Por lo tanto, con arreglo a la facultad conferida por el artículo 300°, numeral 3), del Código de Procedimientos Penales, es jurídicamente posible su elevación racional a **SIETE AÑOS** de pena privativa de la libertad. Esta sanción es congruente con la pretensión penal del Ministerio Público, por lo que el recurso de nulidad del señor FISCAL ADJUNTO SUPERIOR debe ser estimado plenamente en este extremo.

C. DETERMINACIÓN DE LA REPARACIÓN CIVIL:

DÉCIMO NOVENO: Corresponde ahora analizar el recurso de nulidad de la PARTE CIVIL, respecto al monto de la reparación civil fijada en la sentencia. /Dicha parte, en la oportunidad procesal prevista en el artículo 227° del Código de Procedimientos Penales, formuló una pretensión indemnizatoria alternativa a la requerida en la acusación fiscal, habiendo solicitado la imposición de un monto superior. Así consta del escrito de fojas mil trescientos treinta y seis, en el cual se individualizaron los daños materiales e inmateriales causados a la agraviada de Lizeth Rosario Socia Guillén, a consecuencia del delito. La documentación incorporada no fue objeto de tacha ni impugnación alguna de parte del sentenciado RONY LUÍS GARCíAN GUZMÁN.

VIGÉSIMO: La reparación civil abarca el resarcimiento del daño y la indemnización de los perjuicios materiales y morales, cuya funcionalidad debe corresponderse con las consecuencias directas y precisas que el delito generó en la víctima. Así, la estimación de su cuantía debe ser razonablemente proporcional al daño causado, estableciendo el artículo 93° del Código Penal, que la misma comprende: **a)** la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor, y b) la indemnización de los daños y perjuicios.

VIGÉSIMO PRIMERO: Al respecto, es preciso traer a colación las disposiciones doctrinales establecidas en el Acuerdo Plenario número 06 - 2006/ CJ - 116, de fecha trece de octubre de dos mil seis, que al respecto, señala: "(...)

el fundamento de la *responsabilidad civil,* que *origina* la obligación de reparar, *es* la existencia de *un* daño *civil* causado por *un ilícito* penal, el que *obviamente no puede identificarse* con "ofensa penal" - *lesión* o puesta *en peligro de un bien jurídico* protegido - cuya *base se encuentra en la culpabilidad del* agente (...)" [FJ sétimo]. Acorde con ello, queda claro que el delito, en cuanto hecho lesivo, constituye también un hecho civilmente relevante que autoriza al agraviado o afectado a exigir el pago de una reparación civil [Hl. Toda acción criminal apareja no sólo la imposición de una sanción punitiva, sino, además, da lugar a una restitución y/o indemnización. No es posible tomar en cuenta las posibilidades económicas del procesado, sino, únicamente, la afectación sufrida por la víctima en atención a las lesiones inferidas.

VIGÉSIMO SEGUNDO: El artículo 93° del Código Penal debe concordarse con el artículo 1985° del Código Civil que señala "La *indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión* generadora *del* daño, incluyendo *el* lucro cesante, *el* daño a *la* persona y el daño moral, debiendo *existir* una relación de causalidad adecuada entre *el hecho y el* daño producido. *El monto de la indemnización* devenga *intereses legales desde la fecha en que se* produjo el daño". En el caso de autos, el daño a la persona comprende el daño emergente, el daño corporal y el daño psicológico.

VIGÉSIMO TERCERO: DAÑO EMERGENTE. - El daño, en sentido jurídico, constituye todo menoscabo, pérdida o detrimento de la esfera jurídica patrimonial o extra patrimonial, erigiéndose, en tal sentido, como uno de los presupuestos de la responsabilidad civil extra contractual. La cuantificación del daño *emergente* no debe perder de vista, en principio, los efectos materiales del delito. Y asimismo, las secuelas en la personalidad de la víctima.

El **DAÑO CORPORAL,** en atención a la prueba científica, está cabalmente probado, y su extrema gravedad se coteja de los informes médicos. Así se evalúa: i] El Certificado Médico Legal número 019859 - VFL, de fojas ciento, de fecha 05 de junio de 2012, que concluye: *"tumefacción en región* occipital y región parietal izquierda en cuero cabelludo, tumefacción y herida contusa de *1,5 cms suturada en región* ciliar derecha, *tumefacción* y herida contusa de 2 cm s suturada *en región ciliar* izquierda *que dibuja* arcada dental *humana de* 4x3 cms *en región frontal izquierda, en su* arcada *inferior, tumefacción* en párpados *superiores bilaterales,* tumefacción *y equimosis* violácea de" *3x2 cms en región infraorbitaria derecha, tumefacción y equimosis* violácea de *3x1 cms en* mucoso *labial superior* derecha, excoriación de *0,7 cms en* cara lateral derecha de *cuello, tumefacción* en región escapular izquierda, tumefacción y equimosis violácea

de 4x3 cms *en* tercio medio *cara posterior* de antebrazo derecho, *que* dibuja arcada dental humana"; ocasionadas por "agente contundente duro, mordedura humana y fricción"; El Certificado Médico Legal número 020149 - PF - AR, --- .de fojas ciento seis, de fecha 08 de junio de 2012, diagnostica: *"fractura* de yesos nasales *y tabique nasal (...) órbitas* y arcos cigomáticos (...) herida contuso *cortante en* región *supraciliar* derecha *e izquierda (...)"*, prescribiendo cinco días de atención facultativa y veinte días de incapacidad médico legal; iii] El Certificado Médico Legal número 001016 - VFL, de fojas ciento cuarenta y nueve, de fecha 15 de junio de 2012, determina: *"cicatriz hipercrómica* de *1,5 cms* de trazo horizontal en dorso *nasal, cicatriz hipercrómica* elevada de trazo oblicuo de 2,9 *cms en región* supraciliar externa derecha", decretando que *"las lesiones descritas constituyen huella indeleble";* **iy]** El Certificado Médico Legal número 029398 - L, de fojas seiscientos veintinueve, de fecha 03 de setiembre de 2012, establece: "**a)** *Evaluación* del rostro *en* reposo: Cicatriz hipercrómica (rosada) de bordes *irregulares, ligeramente sobre* elevada, de 1,5 x *2 cms,* sentido transversal, ubicada en dorso nasal, tercio medio, con *abultamien'to* subyacente de 1,5 x 1,2 cms; *cicatriz* hipercrómica (rosada), *sobre* elevada dé bordes *irregulares* de 2,9 x *0,25 cms, sentido* oblicuo *superior interno,* ubicada en *región frontal supraciliar derecha tercio externo; cicatriz hipercrómica* (marrón, claro), sobre elevada de bordes *irregulares* de 2 x *0,1* cms, *sentido* oblicuo *superior interno, en región ciliar* derecha *tercio* medio; *cicatriz hipercrómica,* aplanada, de *bordes regulares de 0,8 x 0,1 cms, sentido oblicuo superior* externo, ubicada en *región ciliar izquierda* tercio medio; abultamiento (...) de *piel* y tijedo *subcutáneo* de 3,7 x 2,5 *cms* de bordes poco *definidos,* de diámetro *mayor transversal,* ubicada *en región* frontal *supraciliar izquierda* tercio medio e *interno;* ***b)*** *Evaluación* dinámica del rostro: *Asimetría* y pérdida en la mímica *y gesticulación al arrugar la frente y fruncir el* señor"; acotando que las alteraciones descritas son permanentes y visibles a distancia personal, entre sesenta y ciento veinte centímetros, y generan asimetría, pérdida de la armonía y alteración de la mímica facial; y] El Certificado Médico Legal número 028336 - PF - AR, de fojas mil doscientos veinticuatro, de fecha 04 de setiembre de 2014, precisa: "deformación de rostro, fractura desplazada de huesos propios de *nariz* y desvío de *tabique nasal,* produciendo *obstrucción nasal,* voz nasal, y dificultad respiratoria", recomendando que la agraviada Lizeth Rosario Socia Guillén sea intervenida quirúrgicamente (septorrinoplastía).

• Respecto al **DAÑO PSICOLÓGICO;** éste se acredita, razonablemente, con el mérito del Protocolo de Pericia Psicológica número 020032 - 2012 - PSC, e fojas ciento cincuenta y tres, de fecha 09 de junio de 2012. La víctima p ecisó

que el acusado RONY LUÍS GARCÍA GUZMÁN la insultaba diariamente y la agredía físicamente, al menos, una vez a la semana. La repercusión emocional de estos actos generó sentimientos de intranquilidad e inseguridad, sensaciones de amenaza, auto percepción de vulnerabilidad y marcado temor al agresor. Desde el punto de vista clínico, se refleja una alta intensidad, la cual es coherente con la severidad del suceso de violencia. La víctima Lizeth Rosario Socia Guillén, en conclusión, presentó indicadores psicológicos compatibles con el cuadro de violencia familiar descritos, requiriendo terapia psicológica.

VIGÉSIMO CUARTO: La contundencia de las lesiones anatómicas y el daño subjetivo expresa la necesidad de un tratamiento médico eficaz para aminorar sus efectos. La PARTE CIVIL ha incorporado diversa documentación para acreditar los gastos médicos. Así: ij A fojas mil trescientos cuarenta y ocho, se inserta el presupuesto de una intervención quirúrgica de septorrinosplastía, que incluye el retoque de cicatrices, ascendente a siete mil dólares americanos; y, ii] A fojas mil trescientos cuarenta y dos, se adjunta los costos de psicoterapia individual, grupal (y psicológica, correspondiente al tratamiento por veintidós meses, por la suma de veintiocho mil seiscientos nuevos soles. Ambos documentos fueron propuestos al debate judicial, sometidos a contradicción de las partes procesales, por ende, no puede desconocerse su valor probatorio. La estimación del daño emergente abarca el perjuicio económico generado en el tratamiento del daño corporal y psicológico. Estando a dichas pruebas instrumentales y haciendo un cálculo proporcional, este Supremo Tribunal decide otorgar, por equidad, la suma de **CUARENTA MIL NUEVOS SOLES** por concepto de daño a la persona.

VIGÉSIMO QUINTO: LUCRO CESANTE.- La medición del *lucro* cesante surge a partir de ciertos indicadores objetivos, entre ellos, la ocupación laboral o vocación estudiantil, que permitan fijar una suma proporcional con la pérdida de ingresos económicos futuros. Se refiere, concretamente, a la falta de ganancias que lícitamente se hubiera producido a favor del perjudicado, en caso que el delito no se hubiera perpetrado. Al respecto, está probado que la agraviada Lizeth Rosario Socia Guillén, a la fecha de los hechos, se desempeñaba como animadora de eventos sociales y ejercía actividades como cantante en una agrupación musical. Así lo demuestra el Contrato de Trabajo de fojas mil trescientos cuarenta y cuatro, de fecha 09 de agosto de 2011. La remuneración mensual se pactó en tres mil quinientos nuevos soles, conforme a la Carta de Presentación de fojas mil trescientos cuarenta y siete. En razón de ello, este Tribunal Supremo considera que la víctima debió percibir dichos ingresos de manera continua, durante la vigencia de la relación contractual. No se tiene

información exacta sobre el momento en que reanudó sus actividades laborales, luego de culminado su tratamiento médico. Consiguientemente, asumiendo un criterio racional y equitativo, corresponde fijar proporcionalmente la suma de **TREINTA MIL NUEVOS SOLES** por concepto de lucro 'cesante, esto es, por los ingresos dejados de percibir a consecuencia del delito. No es posible asignar un monto superior, en tanto, no está acreditado el desempeñado de algún otro oficio paralelo a la actividad acotada.

VIGÉSIMO SEXTO: DAÑO MORAL.- El daño moral, cuya incidencia no repercute en el patrimonio, entraña una perturbación a las condiciones anímicas; canalizadas mediante sentimientos de angustia, tristeza y desánimo, entre / otros, siendo una característica común el padecimiento emocional o psicológico del afectado por el delito, sea el agraviado directamente con la acción delictiva, o en su caso, los familiares con una íntima vinculación afectiva. El artículo 1984° del Código Civil señala: *"El* daño moral *es* indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a *su* familia". Aún cuando no existan parámetros para cuantificar los perjuicios morales, conforme a la doctrina [12], conviene destacar los siguientes criterios y pautas para evaluar el daño moral: **i)** La gravedad del daño, que es más grave, mientras más intensa sea la intervención del responsable en el hecho; ii) La intensidad del padecimiento anímico, debiéndose valorar la duración del dolor que está en función a la edad y sexo del afectado; iii) La sensibilidad de la persona perjudicada; iv) El vínculo de parentesco o convivencia. En base a lo expuesto, el perjuicio moral está suficientemente probado y deviene de la naturaleza aflictiva del delito y las consecuencias que acarrea [deformación grave y permanente del rostro, no rectificables naturalmente], generando en la agraviada Lizeth Rosario Socia Guillén una percepción de minusvalía e inferioridad, así como un intenso sufrimiento. Son datos de la realidad, extraídos de la experiencia común y están avalados por las conclusiones del Protocolo de Pericia Psicológica número 020032 - 2012 - PSC, de fojas ciento cincuenta y. tres. El hecho delictivo en su perjuicio le ocasionó intranquilidad e inseguridad, sensaciones de amenaza, auto percepción de vulnerabilidad y temor al agresor; todo ello relacionado con el contexto de violencia familiar escrito, requiriendo terapia psicológica. El padecimiento por la agresión física afectó severamente la psiquis de la víctima, percibiéndola como estigmatizada a nivel social. Los hechos tuvieron lugar en el contexto de una relación de convivencia. Es preciso reconocer que toda agresión física y psicológica contra la mujer es un acto especialmente grave y reprobable [13]. Generalmente, estos hechos son cometidos aprovechando su estado' de vulnerabilidad y abusando de la posición del poder que despliega el agresor. El artículo 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, estipula que

"Toda persona *tiene* derecho a *que se* respete *su jntegridad física,* psíquica y moral". En concordancia con ello, el **CRITERIO AXIOLÓGICO** asumido por este Sala Penal Suprema para la determinación de la pena, debe ser también aplicado para la cuantificación de reparación civil. Constituye un criterio generalizado para la aplicación de las consecuencias jurídicas. Y es que, según se indició anteriormente, tiene como finalidad generar un efecto inhibitorio de la violencia de género y, además, se impulsa en una perspectiva de justicia por la sensibilidad social del hecho punible y de reivindicación por los daños ocasionados. Si bien el daño moral es incuantificable, su estimación está sujeta a la discrecionalidad del órgano jurisdiccional, dado su carácter ideal y subjetivo, tomando en cuenta los factores expuestos. Por lo tanto, - asumiendo una función tuitiva, debe fijarse equitativamente la suma de **TREINTA MIL NUEVOS SOLES** por concepto de daño moral.

VIGÉSIMO SÉTIMO. En consecuencia, la sumatoria de los montos fijados por daño personal, lucro cesante y daño moral, arroja como resultado la suma de **CIEN MIL NUEVOS SOLES.** Este monto debe ser abonado por el sentenciado RONY Luís GARCÍA GUZMÁN. Se Corresponde con el principio del Daño causado.

2. LA ACCIÓN PENAL

169

§169. Improcedencia de acción. Delito de enriquecimiento ilícito

Casación	277-2018-VENTANILLA
Fecha	21 de marzo de 2019
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Príncipe Trujillo, Sequeiros Vargas, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Art. 401 del CP

RESUMEN:

Las excepciones son medios de defensa técnica enfocados, de un lado, al examen de la presencia de los presupuestos procesales y requisitos de la acción penal o de la existencia de algún óbice procesal –es decir, obstáculos a la válida prosecución del proceso–; y, de otro lado, a discutir cuestiones de Derecho sustantivo cuya aceptación conduce al archivo de la causa definitivamente. La excepción de improcedencia de acción se centra en el carácter propiamente penal del objeto procesal –se discute una cuestión de derecho penal material desde la pretensión del Ministerio Público–. Siendo así, la pretensión penal debe circunscribirse a narrar un hecho o una conducta tanto constitutiva de un injusto penal, cuanto, desde la categoría punibilidad –si la ley lo establece–, a sostener el cumplimiento de una determinada condición objetiva de punibilidad y/o la inconcurrencia de una excusa absolutoria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO. Que las excepciones son medios de defensa técnica enfocados, de un lado, al examen de la presencia de los presupuestos procesales y requisitos de la acción penal o de la existencia de algún óbice procesal –es decir, obstáculos a la válida incoación y prosecución del proceso– (excepción procesal); y, de otro lado, a discutir cuestiones de Derecho sustantivo cuya aceptación conduce al archivo de la causa definitivamente (excepción material).

∞ La excepción de improcedencia de acción se circunscribe, conforme está previsto en el artículo 6, apartado 1, liberal b), del Código Procesal Penal, a determinar si "...el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente".

∞ Esta excepción se centra en el carácter propiamente penal del objeto procesal –se discute una cuestión de derecho penal material desde la pretensión del Ministerio Público–. Siendo así, la pretensión penal, desde la causa de pedir, debe circunscribirse a narrar un hecho o una conducta tanto constitutiva de un injusto penal (conducta típica y antijurídica), cuanto, desde la categoría punibilidad –si la ley lo establece–, a sostener el incumplimiento de una determinada condición objetiva de punibilidad o la concurrencia de una excusa absolutoria.

∞ Para estos efectos debe analizarse, en sus propios términos, los hechos o conductas descriptas en la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria o, en su caso, en la acusación fiscal escrita. Como se trata de un juicio de subsunción normativa jurídico penal, el examen se limita a lo glosado por el Ministerio Público y, sobre esta descripción, decidir si "...el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente".

SEGUNDO. Que, en el presente caso, el delito acusado es el de enriquecimiento ilícito, previsto y sancionado por el artículo 401 del Código Penal, según la Ley 30111, de veintiséis de noviembre de dos mil trece. Lo esencial del tipo delictivo en cuestión se encuentra en el primer párrafo de dicho precepto legal, que estatuye: "El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos,...".

∞ El delito de enriquecimiento ilícito, como se sabe, tiene como bien jurídico tutelado, desde una perspectiva genérica, el recto y normal desarrollo o desenvolvimiento de la Administración Pública; y, desde una perspectiva específica, el normal y correcto ejercicio de las funciones de los cargos y empleos públicos que se deben a la nación [SALINAS SICCHA, RAMIRO: Delitos contra la Administración Pública, Editorial Grijley, Cuarta Edición, Lima, 2016, p. 715].

∞ Lo expuesto significa, entonces, que lo que se protege es, fundamentalmente, el fin prestacional, la objetividad y la legalidad en la Administración Pública, no tanto el patrimonio del Estado. El agente oficial tiene deberes de probidad y transparencia que delimitan sus actos como integrantes de un ordenamiento administrativo –delito especial de posición institucionalizada–; la probidad de la función pública se tutela en el contexto de toda la actividad funcionarial.

∞ Se trata, desde una perspectiva formal –del mero círculo de autores estipulados en el tipo penal, de su condicionamiento formal–, de un delito especial propio; y, desde una perspectiva de imputación material, de un delito de infracción de deber –determina un obligado institucional y se sustenta en la infracción de un deber positivo que una institución social específica impone al autor: la Administración Pública al funcionario o servidor público– [Conforme: GARCÍA CAVERO, PERCY: Derecho Penal – Parte General, Editorial Grijley, Segunda Edición, Lima, 2012, p. 392]. La asunción de un cargo público, decía SOLER, comporta un deber de especial pulcritud y claridad en la situación patrimonial [tomado de: MONTOYA VIVANCO, YVÁN: Algunos problemas dogmáticos y probatorios sobre el derecho de enriquecimiento ilícito en la jurisprudencia nacional. En: AA.VV.: Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú, IDEHPUCP, Lima 2012, p. 65].

∞ En esta perspectiva no puede dejar de resaltarse que el delito de enriquecimiento ilícito es una figura penal que busca evitar espacios de punibilidad, tanto frente a delitos de corrupción que no se han evidenciado, es decir, no sea posible la persecución penal, como en los casos en que el enriquecimiento provenga de conductas que impliquen infracción grave de deberes funcionales [ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL: Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano, Editorial Palestra, Segunda Edición, Lima, 2003, p. 553].

∞ En cuanto a la imputación objetiva, el referido delito de enriquecimiento ilícito –que se concreta en la infracción de roles especiales propios de un funcionario o servidor público, en este caso de un alcalde–, el primer elemento es el abuso del cargo por el agente público, esto es, se trata de aquella situación en que éste hace mal uso del cargo para obtener un beneficio patrimonial indebido, pero que se circunscribe a la calidad que el agente público tiene dentro de la Administración –Municipal, en este caso–, no al abuso de atribuciones o funciones [SALINAS SICCHA, RAMIRO: Obra citada, p. 709].

∞ El segundo elemento –el denominado 'riesgo prohibido'– estriba en (i) el incremento en el patrimonio –que los tratados internaciones proponen debe ser "significativo": artículo IX de la Convención Interamericana contra la corrupción y artículo 20 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción– o en los gastos del sujeto activo y que no guarda proporción con sus ingresos por cualquier causa lícita –lo que abarca todos los actos de incorporación de bienes al patrimonio como la disminución de pasivos–. (ii) El incremento ha de ser, en todo caso, ilícito; esto es, su origen ha de estar constituido por actos no ajustados a derecho según los deberes del funcionario –el mal uso del cargo público debe causar el enriquecimiento–. Desde el resultado típico, entonces, se requiere (iii) el incremento del patrimonio del agente oficial como consecuencia del abuso del cargo oficial que ostenta. Se sanciona, pues, el hecho de enriquecerse a costas del poder público. De ello se desprende que el delito de enriquecimiento ilícito es un delito de posesión; es decir, el núcleo del injusto yace en que el sujeto activo – agente oficial– posee bienes obtenidos de fuente ilícita, por lo que no se está sancionando un acto puntual sino una situación de enriquecimiento ilícito del patrimonio del funcionario [MONTOYA VIVANCO, YVÁN: Manual sobre delitos contra la Administración Pública, IDEHPUCP – Open Society Foundations, Lima, 2016, p. 123].

∞ Cabe enfatizar, primero, que la ratio legis del aludido tipo penal en su construcción histórica siempre fue la misma, sea cuando con anterioridad se hizo referencia a las expresiones "por razón del cargo" o "durante el ejercicio de sus funciones" –hasta antes de la Ley 29758, de veintiuno de julio de dos mil once–, o cuando, como ahora se indica, "abusando de su cargo": prohibir la obtención de beneficio económico mediante la utilización del poder que la función pública otorga a quienes lo porten desde cualquier posición administrativa. Segundo, que lo relevante no es el título administrativo específico del agente oficial, sino que éste se encuentre en un ámbito de riesgo potencial contra el bien jurídico y que del caso concreto se puedan extraer los elementos de imputación necesarios que vinculen el enriquecimiento ilícito con la posición idónea dentro de la Administración para lograrlo. Tercero, que la relación entre ejercicio del cargo y enriquecimiento ilícito es de carácter valorativa o normativa, antes que causal desde una perspectiva naturalista; luego, ésta no versa sobre el efectivo dominio de bienes o dinero que el agente oficial pueda tener en sus manos y de los cuales pueda lucrar (disposición material sobre bienes), sino con conductas de abuso de poder público, de gestión o institucional que la Administración le otorga de forma directa o indirecta [GUIMARAY, ERICK: Apuntes de tipicidad sobre el delito de enriquecimiento ilícito. En: http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/

uploads/2012/07/alerta anticorrupción.pdf: tomado, el once de marzo de dos mil diecinueve, a las ocho horas con veintisiete minutos].

∞ El último párrafo del artículo 401 del Código Penal, según la Ley vigente al momento de los hechos, Ley 30111, incorpora lo que en doctrina se conoce como una presunción legal relativa, al estipular lo siguiente: "Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra casusa lícita".

∞ El párrafo antes citado tiene una estructura integrada por tres elementos básicos:

1. El hecho base o indicio (incremento patrimonial o gasto económico notoriamente superior a sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por causa lícita), 2. El hecho presumido (existe indicio de enriquecimiento ilícito), y 3. El nexo o relación existente entre ellos (cargo público, incremento patrimonial e incongruencia respecto de sus ingresos lícitos declarados). La acusación debe probar el hecho base, y el hecho presumido es derrotable, es decir, puede probarse que aunque se dé el antecedente o hecho base, no se produce en el caso concreto el consecuente (enriquecimiento ilícito). Estas presunciones en Derecho Penal no afectan la garantía de presunción de inocencia, siempre que, como destacó el Tribunal Europeo de Derechos en las Sentencias Salabiaku, Radio France y Klouvi, todas contra Francia (de siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho, treinta de marzo de dos mil cuatro y treinta de junio de dos mil once), se apliquen dentro de unos límites razonables, (i) que atiendan a la gravedad de la pena y a los intereses generales afectados por el delito, (ii) que no limiten el derecho de defensa y (iii) que mantengan la carga de la prueba en la acusación [FERNÁNDEZ LÓPEZ, MERCEDES: Las presunciones en el proceso penal. Análisis a propósito del delito de enriquecimiento ilícito. En: AA.VV. Asencio Mellado, José María (Director), Justicia Penal y nuevas formas de delincuencia, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 288, 289 y 295].

TERCERO. Que, ahora bien, en el presente caso, el Ministerio Público atribuyó al encausado Marcos Arteaga que en el ejercicio de su función como alcalde distrital de Ventanilla se enriqueció ilícitamente, de suerte que el desbalance detectado, según el correspondiente Informe Financiero, asciende a la suma de cuatrocientos sesenta mil doscientos siete soles con doce céntimos. Siendo así, el efectivo incremento patrimonial y la ilicitud de fuentes –actos no ajustados a derecho– que lo determinaron es lo que corresponde dilucidar en el juicio oral, así como –en su consecuencia– el abuso de poder derivado del cargo de alcalde de Ventanilla (desvalor de acción).

CUARTO. Que, por consiguiente, (i) el tiempo de ejercicio efectivo de la alcaldía por parte del encausado Marcos Arteaga, (ii) la simultaneidad del cargo con el enriquecimiento que se le acusa, y (iii) la atribuida ilicitud de las fuentes de enriquecimiento coetáneo –resaltadas por la acusación y siempre sujeta a la respectiva actividad probatoria, de verificación o descarte, en el juicio oral–, permitirían deducir razonablemente –en clave de máximas de experiencia– que el acrecentamiento patrimonial se derivaría del abuso de poder en el ejercicio del cargo de alcalde de Ventanilla. Es de recordar que la relación entre ejercicio del cargo y enriquecimiento ilícito es de carácter valorativa o normativa –antes que causal–, de suerte que este elemento típico hace mención a conductas de abuso de poder público, de gestión o institucional que la Administración otorga al agente oficial de forma directa o indirecta.

QUINTO. Que, en suma, no es razonable exigir, menos aún a partir de una excepción de improcedencia de acción, (i) precisión o detalle específico acerca de los supuestos actos de abuso de poder –dado incluso la naturaleza del delito de enriquecimiento ilícito, de su función político criminal (evitar lagunas de punibilidad frente a delitos de corrupción que no se han evidenciado)–, y, desde este dato –que refleja una concepción causal naturalista del abuso del cargo–, (ii) concluir que su omisión hace atípicos los cargos. Tampoco es de recibo afirmar, asumiendo esta concepción, que se está ante una acusación que no responde a la exigencia de claridad y precisión establecida por el artículo 349, apartado 1, literal b), del Código Procesal Penal. Este defecto formal, por lo demás, es materia del correspondiente examen en la etapa intermedia del proceso y tiene el efecto procesal de mera subsanación con arreglo al artículo 352, numeral 2, del citado Código.

SEXTO. Que los motivos de casación, por consiguiente, deben estimarse y así se declara. No corresponde al planteamiento de la excepción de improcedencia de acción dilucidar los actos de abuso de poder determinantes del enriquecimiento

ilícito acusado. No es de recibo una interpretación, como la fijada en el auto de vista, de los alcances del tipo penal de enriquecimiento ilícito. La motivación no corresponde a las bases jurídicas de las instituciones de la excepción y del tipo penal antes citado, por lo que no es razonable con las exigencias que la determinan.

3. DE LA JURISICCIÓN Y COMPETENCIA

170

§170. Delimitación material del delito de función y dela jurisdicción militar

Competencia	18-2004
Fecha	17 de noviembre de 2004
Procedencia	Sala Penal Permanente. Vocalía de Instrucción del Consejo Supremo de Justicia Militar/Segundo Juzgado Penal de Coronel Portillo.
Jueces Supremos	San Martin Castro, Palacios Villar, Barrientos Peña, Lecaros Cornejo, Molina Ordoñez.
Disposiciones estudiadas	Art. 173° de la Constitución Política del Perú, y la Ley N°24150.

RESUMEN:

a) que el delito de función es una noción subjetivo-objetivo, en tanto no protege un interés militar o policial del Estado como tal, sino ligado necesariamente a un sujeto activo cualificado determinado; b) que se trata de un delito de infracción del deber, en tanto que en este ilícito, por exigencia constitucional, el autor sólo puede ser quien lesiona un deber especial cuyo origen se encuentra fuera del Derecho penal -concretamente en el Derecho administrativo- y que se muestra a través del tipo penal, vale decir, sólo puede ser cometido por quien ostenta una posición de deber determinada, derivada del ámbito estrictamente militar o policial, radicada en las finalidades, organización y/o funciones de la institución militar o policial; c) que es un delito especial propio, en tanto el elemento especial de la autoría: condición de militar o policía que vulnera bienes jurídicos institucionales, opera fundamentando la pena; d) que si el criterio material es el idóneo para construir los delitos de función, cuya sede normativa es el Código de Justicia Militar, entonces, cuando el deber sea vulnerable por cualquier ciudadano ajeno a las Fuerzas Armadas o a la Policía Nacional no se tratará de un delito de función, en tanto que el deber es propio, inherente y exclusivo

de ambas instituciones, de suerte que estas son, a final de cuentas, el sujeto pasivo de la infracción penal.

FUNDAMENTOS:

TERCERO.- Que el presente caso debe analizarse teniendo en cuenta la Sentencia del Tribunal Constitucional del dieciséis de marzo de dos mil cuatro, recaída en la acción de inconstitucionalidad seguida por la Defensoría del Pueblo contra diversos artículos de la Ley Número veinticuatro mil ciento cincuenta, y las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaídas, en especial, en los Asuntos Castillo Petruzzi y otros -del treinta de mayo de mil novecientos noventa y nueve-, Cesti Hurtado -del veintinueve de setiembre de mil novecientos noventa y nueve- y Durand y Ugarte -del dieciséis de agosto de dos mil-, en tanto se trata de decisiones que han definido desde la Constitución Nacional y la Convención Americanas de Derechos Humanos respectivamente, el ámbito competencial objetivo-material de la jurisdicción militar, y cuyos términos deben observarse por la justicia penal ordinaria en aras del cumplido respeto a la función que cumplen dichos órganos jurisdiccionales de supremos intérpretes de la Constitución y-de la Convención antes indicada.

CUARTO.- Que el artículo diez de la Ley Número veinticuatro mil ciento cincuenta, en cuanto estipulaba que los miembros de las Fuerzas Armadas o Fuerzas Policiales -hoy, Policía Nacional del Perú- que se encuentran prestando servicios en las zonas declaradas en estado de excepción quedan sujetos al Código de Justicia Militar, ha sido declarado inconstitucional por la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional [ver; párrafos ciento treinta y seis a ciento treinta y nueve, y punto uno, literal e) de la parte resolutiva]; que la segunda parte de la mencionada disposición, en cuanto prescribe que: *"Las infracciones tipificadas en* el *Código de Justicia Militar que [se] cometan en el ejercicio de sus funciones son de competencia del fuero privativo militar, salvo aquellas que no tengan vinculación con el servicio",* ha pasado la prueba de constitucionalidad, aunque con la precisión que corresponde al Código de Justicia Militar tipificar las conductas antijurídicas que afectan bienes jurídicos castrenses o policiales [ver párrafo ciento treinta y nueve]; que, en tal virtud, a los efectos de delimitar en el caso concreto el ámbito de la justicia militar no es constitucional utilizar independiente o aisladamente mente los tradicionales criterios de *ratione personae* y de *ratione loci,* en tanto que la jurisdicción castrense sólo tendría cabida en la medida que se configure como un fuero de real o de causa, esto es, (a) en función a la naturaleza del hecho delictivo imputado, y (b) siempre que se encuentre previsto y sancionado expresa e

inequívocamente en el Código de Justicia Militar; además, la sentencia del Tribunal Constitucional, siguiendo la doctrina procesalista más autorizada, tiene expuesto que tampoco es criterio válido para definir la competencia judicial militar la sola referencia al sujeto pasivo o, con más precisión, por el hecho que el agraviado sea un militar, policía, o la propia institución militar o policial [ver párrafo ciento treinta]; que, por lo demás, la Corte Interamericana de Derechos Humanos plasmó esa doctrina al señalar que "...*esta jurisdicción funcional* [la jurisdicción militar) *reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias*' [Asunto Castillo Petruzzi y otros, párrafo ciento veintiocho], y que *"En un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas armadas..."* [Asunto Durand y Ugarte, párrafo ciento diecisiete]; que a este respecto es de precisar desde ya, a partir de una noción estricta de la denominada "garantía criminal" -consagrada en el artículo dos, numeral veinticuatro, literal d) de la Constitución-, que la jurisdicción castrense no puede extender su competencia para conocer delitos o tipos penales no previstos taxativamente en el Código de Justicia Militar, de modo que sólo le está permitido acudir en vía supletoria a la legislación penal común, sin perjuicio de la aplicación de los principios propios del Derecho Penal en un Estado Social y Democrático de Derecho -en tanto que el llamado Derecho Penal Militar no es un Derecho autónomo y sólo constituye un ámbito especializado del Derecho Penal-, y de las denominadas "reglas de la parte general del Derecho Penal", esto es, en lo pertinente, el Libro Primero del Código Penal, nunca los Libros Segundo y Tercero de dicho Código.

QUINTO.- Que el artículo ciento setenta y tres de la Constitución, al delimitar materialmente el ámbito competencial de la jurisdicción militar, hace referencia al delito de función como dato constitucionalmente relevante; que la aludida sentencia del Tribunal Constitucional, interpretando esa noción y definiendo sus alcances, realza las tres notas características de la institución en lo atinente a los *elementos objetivos del tipo penal militar.* a) que se trate de conductas que afectan bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional -se trata de su "objeto material"-; b) que el sujeto activo sea un militar que realice la conducta cuando se encontraba en situación de actividad -es lo que se denomina "circulo de autores"-; y, c) que, como "circunstancias externas del hecho", que definen la situación en la que la acción típica debe tener lugar, ésta se perpetre en acto del servicio, es decir, con ocasión de él [ver párrafo ciento treinta y cuatro].

SEXTO.- Que en atención a esas consideraciones superiores, desarrollando el concepto desde el Derecho penal, es pertinente puntualizar lo siguiente: a) que el delito de función es una noción subjetivo-objetivo, en tanto no protege un interés militar o policial del Estado como tal, sino ligado necesariamente a un sujeto activo cualificado determinado; b) que se trata de un delito de infracción del deber, en tanto que en este ilícito, por exigencia constitucional, el autor sólo puede ser quien lesiona un deber especial cuyo origen se encuentra fuera del Derecho penal -concretamente en el Derecho administrativo- y que se muestra a través del tipo penal, vale decir, sólo puede ser cometido por quien ostenta una posición de deber determinada, derivada del ámbito estrictamente militar o policial, radicada en las finalidades, organización y/o funciones de la institución militar o policial; c) que es un delito especial propio, en tanto el elemento especial de la autoría: condición de militar o policía que vulnera bienes jurídicos institucionales, opera fundamentando la pena; d) que si el criterio material es el idóneo para construir los delitos de función, cuya sede normativa es el Código de Justicia Militar, entonces, cuando el deber sea vulnerable por cualquier ciudadano ajeno a las Fuerzas Armadas o a la Policía Nacional no se tratará de un delito de función, en tanto que el deber es propio, inherente y exclusivo de ambas instituciones, de suerte que estas son, a final de cuentas, el sujeto pasivo de la infracción penal [conforme: Meini Mendez, Iván: *Observaciones en torno a Parte General del Código de Justicia Militar,* Anuario de Derecho Penal dos mii uno - dos mil dos, Pontificia Universidad Católica del Perú - Universidad de Friburgo Zuiza, Lima, dos mil dos, páginas ciento noventa y nueve y doscientos].

SÉPTIMO.- Que, en el presente caso, según la imputación, se atentó contra lo integridad corporal de una persona en condiciones particularmente graves y reprochables, esto es, mediando prevalimento del cargo público que ostentaban y aprovechándose indebidamente, en primer lugar, que la zona había sido declarada en Estado de Emergencia, y, en segundo lugar, que se había dispuesto una operación militar destinada al control de la actividad terrorista; que en su núcleo o esencia la conducta atribuida, que constituye el objeto del proceso penal, vulneró un bien jurídico individual: la integridad corporal e, incluso, la vida de una persona, no un bien jurídico institucional de las Fuerzas Armadas; que se si analizan los tres factores que concurrentemente deben estar presentes para definir el delito de función es obvio que sólo se presenta el *segundo:* la condición de militar en actividad de los sujetos activos del delito imputado, no así el *primero:* bien jurídico institucional, pues se afectó la integridad corporal y la vida de una persona; ni el *tercero:* las circunstancias externas del hecho, radicadas en la comisión del delito con ocasión del acto del servicio militar, pues los maltratos, las torturas

y el prender fuego a una persona revelan palmariamente un *animus vulnerandi,* e incluso, probablemente, *necandi,* y, como tal, no tiene que ver con una labor de patrullaje e intervención de presuntos agentes subversivos; que, por lo demás, en cuanto a las circunstancias externas del hecho, nunca puede considerarse "acto de servicio" la comisión de crímenes horrendos y los atentados graves a los derechos humanos, tal como han sido definidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Penal [conforme: Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Asunto Durand y Ugarte párrafo ciento dieciocho].

OCTAVO.- Que, siendo así, los hechos íntegramente considerados son de competencia de la jurisdicción penal ordinaria, por lo que es de aplicación lo establecido en el artículo veinte y ocho del Código de Procedimientos Penales.

NOVENO.- Que, en mérito a la especial importancia del tema decidido y al carácter general de la interpretación de las normas constitucionales y legales correspondientes en orden a la noción de delitos de función y al carácter de los fallos de Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional, resulta conveniente instituir el carácter de precedente obligatorio a los fundamentos jurídicos tercero, quinto, sexto y último extremo del séptimo, conforme a lo autorizado por el numeral uno del artículo trescientos uno - A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo Número novecientos cincuenta y nueve.

171

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

Recurso de nulidad	2448-2005-LIMA
Fecha	12 de setiembre de 2005
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República
Jueces Supremos	Sivina Hurtado, San Martín Castro, Palacios Villar, Lecaros Cornejo y Molina Ordóñez
Derecho Procesal Penal	Criterios para la fijación de competencia

RESUMEN:

Los criterios para la excepción de declinatoria de competencia abarcan uno de naturaleza preferente, referido al lugar donde se cometió el hecho delictivo; y tres subsidiarios aplicables solo en defecto del primero: el lugar de las pruebas, el lugar de la detención y el lugar de domicilio del imputado. De ahí deriva que el "forum comissi delicti" es el preferente, motivo por lo que ***se considerará que el lugar de comisión del delito es aquél en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar, o en el que se producen sus efectos****.*

FUNDAMENTOS:

"***SEXTO:*** Que, ahora bien, el segundo párrafo del numeral tres del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución, consagra entre otras garantías procesales la del ***juez legal*** –denominado por un sector de la doctrina "juez natural"-, bajo el enunciado *"ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley ...".*

Que la predeterminación legal del juez no es otro que el juez territorial, objetiva y funcionalmente competente, de modo tal que las normas sobre competencia se erigen en un auténtico presupuesto procesal, aún cuando es de rigor aclarar que no necesariamente, por ejemplo, el incumplimiento de las reglas sobre competencia territorial vulneran esta garantía, salvo -desde luego- que

infrinjan la independencia judicial o el derecho al debido proceso y/o entrañen la sustracción indebida o injustificada al órgano judicial al que la Ley le atribuye el conocimiento de un caso, manipulando el texto de las reglas de atribución de competencia con manifiesta arbitrariedad.

SÉTIMO: Que lo que se discute a través de la excepción de declinatoria de jurisdicción –o, mejor dicho, de competencia, aunque la primera es la denominación de la Ley Procesal Penal- es la ***definición del órgano judicial en concreto*** –el Trigésimo Octavo Juzgado Penal de Lima o el Juzgado Penal de Andahuaylas- que debe conocer, según las reglas de adscripción competencial territorial –denominadas "fueros" en la doctrina procesalista-, en tanto que los Juzgados Penales, y de Primera Instancia en general, tienen un ámbito territorial específico donde ejercen jurisdicción.

Que a estos efectos el artículo diecinueve del ***Código de Procedimientos Penales estipula cuatro criterios territoriales o fueros,*** denominados ***fuero preferente*** –en el caso del inciso uno *por el lugar donde se ha cometido el hecho delictuoso-* ***y fueros subsidiarios*** –cuando no conste el lugar en que haya podido cometerse el hecho punible, rigen los incisos dos al cuatro: *lugar de las pruebas, lugar de la detención y lugar del domicilio del imputado-.*

Que es de enfatizar que no se trata de fueros equivalentes, sino que se aplican uno en defecto de otro, y en el estricto orden que establece la ley, de ahí que el previsto en el inciso uno, "forum comissi delicti", es el preferente, y los restantes son subsidiarios, es decir, se aplican ante la imposibilidad de los demás.

Que, desde el punto de vista material, para ***determinar el fuero preferente*** es de aplicación el artículo cinco del Código Penal, que ***instituye el principio de ubicuidad***: *"El lugar de comisión del delito es aquél en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar, o en el que se producen sus efectos".*

Que desde esa perspectiva legal es de interpretar la norma en mención asumiendo una concepción de ubicuidad restrictiva, en cuya virtud el factor decisivo a tomar en cuenta estriba en que, al menos, uno de los elementos constitutivos del delito, parcial o absolutamente, sea ejecutado en un ámbito territorial concreto, sin que se tome en cuenta los actos preparatorios y los actos posteriores a la consumación del delito, o también que el resultado típico –no el extra típico ni otros efectos- se produzca en un territorio determinado."

172

§172. Sobre la inhibición

Casación	599-2018-NACIONAL
Fecha	22 de agosto de 2018
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Barrios Alvarado.
Jueces Supremos	Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Sequeiros Vargas, Chávez Mella, Bermejo Ríos.
Disposiciones estudiadas	Art. 53 del NCPP

RESUMEN:

El inciso tres, del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, consagra la observancia al debido proceso y a la tutela jurisdiccional, que garantizan a los justiciables el derecho a contar con un juez independiente e imparcial en el ejercicio de sus funciones, con la finalidad de hacer posible una transparente e igualitaria contienda procesal, descartando en el juzgador todo tipo de interés para la resolución del litigio, que no sea la estricta aplicación de las normas que integran el ordenamiento jurídico.

FUNDAMENTOS:

TERCERO. El inciso uno, del artículo ocho de la Convención Americana sobre

Derechos Humanos, así como el inciso uno, del artículo catorce, del pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establecen el derecho a ser juzgado por un juez imparcial.

El inciso tres, del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, consagra la observancia al debido proceso y a la tutela jurisdiccional,

que garantizan a los justiciables el derecho a contar con un juez independiente e imparcial en el ejercicio de sus funciones, con la finalidad de hacer posible una transparente e igualitaria contienda procesal, descartando en el juzgador todo tipo de interés para la resolución del litigio, que no sea la estricta aplicación de las normas que integran el ordenamiento jurídico.

En el artículo cincuenta y tres del NCPP, se establecen las causales por las cuales los jueces deben inhibirse, entre ellas, el literal e), invocado por el juez supremo, en la que procede cuando exista cualquier otra causa, fundada en motivo graves, que afecten su imparcialidad.

El fundamento veinte de la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N.° 004-2006-PI/TC, señala que el principio de imparcialidad judicial posee tanto dimensiones subjetivas como objetivas.

CUARTO. La inhibición garantiza la imparcialidad judicial, esto es, la ausencia del prejuicio; y, como tal, es una garantía específica que integra el debido proceso penal –numeral tres del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado–. Persigue alejar del proceso a un Juez que, aún revistiendo las características de ordinario y predeterminado por la ley, se halla inmerso en ciertas circunstancias en orden a su vinculación con las partes o con el objeto del proceso –el tema decidence– que hacen prever razonablemente un deterioro de su imparcialidad.

En esa perspectiva, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en importante jurisprudencia que resulta pertinente traer a colación, desarrolló la teoría de las apariencias, indicando que si bien la imparcialidad personal de un Juez se presume a falta de prueba en contrario, también hay que tener en cuenta cuestiones de carácter funcional y orgánico, y, en ese sentido, debe comprobarse si la actuación del Juez ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima sobre su imparcialidad, frente a lo cual se observará que, incluso las apariencias, pueden revestir importancia (Casos Piersack y De Cubber).

QUINTO. En el presente caso, las expresiones vertidas por el señor juez supremo Cesar San Martín Castro se dieron dentro de un contexto de fiscalización del Congreso de la República (comisión investigadora por el caso Madre Mía), donde no se advierte connotación despectiva, peyorativa ni agraviante dirigida a un particular o partido político, más allá de un rechazo sobre un comportamiento que considera a título personal como "persecución"; no obstante, es evidente que lo alegado por el señor magistrado podría generar algún tipo de suspicacias sobre la decisión que se adopte, y con ello se puede deslegitimar la decisión sobre el fondo de la pretensión.

En ese sentido, la posibilidad de afectarse la percepción de imparcialidad se encuentra latente; sumado a la connotación social del caso y la coyuntura actual que atraviesa el sistema de justicia, amerita que el fondo de la controversia se resuelva sin ningún cuestionamiento respecto a la independencia e imparcialidad de los jueces; en consecuencia, resulta pertinente su apartamiento del proceso.

SEXTO. Respecto al pedido del casacionista (partido político Fuerza Popular) sobre la inhibición, estando orientado el mismo al apartamiento del señor juez supremo Cesar San Martin Castro del conocimiento del presente proceso, debe estarse a lo expuesto en los considerandos precedentes.

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

173

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

Acuerdo Plenario	4-2012/CJ-116
Fecha	24 de enero del 2013
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	Salas Arenas.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Villa Stein, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Salas Arena, Barrios Alvarado, Tello Gilardi, Príncipe Trujillo y Neyra Flores.
Disposiciones Estudiadas	Decreto Legislativo N° 1068
Fundamentos jurídicos vinculantes	10° al 16°

RESUMEN:

La designación de un solo procurador concentrará el ejercicio defensivo; además de ***evita la probabilidad de proliferación de audiencias de constitución de actor civil en las diversas Cortes Superiores****, en las que se encuentra vigente el Nuevo Código Procesal Penal.*

Cuando el proceso penal esté referido a la presunta comisión de delitos contra la administración pública, y la notitia criminal surja en razón a la intervención realizada por la Contraloría General de la República, en ejercicio de sus atribuciones, ***corresponde que el Procurador Público de esa entidad se constituya como actor civil.***

Hay que precisar que la constitución como actor civil no se encuentra referida únicamente a la pretensión civil, dado que el así constituido en responsable, representación de los intereses del Estado, también debe colaborar en el esclarecimiento de los hechos sometidos a proceso, y aportar elementos que permitan demostrar la comisión delictiva y la magnitud del daño causado.

DOCTRINA LEGAL:

10°. Han surgido controversias sobre competencia en supuestos de concurrencia, en la misma causa de diversos procuradores públicos en razón a su especialidad, por lo que se requiere determinar la pertinencia de su apersonamiento y actuación en proceso; para ello, se ha de acudir a los criterios establecidos en el ordenamiento legal vigente.

§ 2. Precisiones sobre participación intra-proceso

11°. Los procuradores públicos pertenecen funcionalmente al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; por tanto, son parte del Poder Ejecutivo; su organización se rige por el Decreto Legislativo N° 1068 y la Directiva N° 002-2011-JUS/CDJE, que establecen los lineamientos para determinar sus competencias en los procesos y procedimientos, gozando de plena autonomía para la determinación de su funcionamiento, conforme con la norma principal y la complementaria. Por ello, el Consejo de Defensa Judicial del Estado se encarga de dirigir y supervisar el sistema de defensa jurídica del Estado.

Es, por tanto, una materia reglada por el Poder Ejecutivo, en relación con la intervención de sus procuradores públicos, para la defensa de sus intereses.

12°. En caso de duda o superposición funcional, será la Presidencia del Consejo de Defensa Jurídica del Estado, conforme con las atribuciones y obligaciones, establecidas en el literal h), del artículo 8, del Decreto Legislativo N° 1068, quien resolverá los problemas de competencia que puedan presentarse entre los procuradores públicos; tanto en su aspecto positivo como negativo, estableciendo el modo y la forma de apersonamiento en el proceso penal. Corresponde también a dicho órgano rector precisar si la defensa del Estado será

única o colegiada; la ley ha previsto la intervención del Procurador Público Especializado en Tráfico Ilícito de Drogas, Procurador Público Especializado en Delitos de Terrorismo, Procurador Público Especializado en Delitos de Lavado de Activos y Procesos de Pérdida de Dominio, Procurador Público Especializado en asuntos de Orden Público, Procurador Público Especializado en Delitos de Corrupción, y los que mediante Resolución Suprema se designe, en las causas por delitos de tal connotación.

13º. No cabe admitir, en el supuesto relativo a un solo agraviado (V. G. una municipalidad), la intervención simultánea y múltiple de procuradores, salvo en caso de perpetración de distintos delitos, cuya persecución integra a diversos procuradores, aunque cabe la coordinación entre estos. Fuera de ese marco, se generan efectos en materia de ofrecimiento y actuación probatoria, alegaciones y recursos; el principio de igualdad de armas corre riesgo de ser afectado.

14º. La designación de un solo procurador concentrará el ejercicio defensivo y, al mismo tiempo, evitará la probabilidad de proliferación de audiencias de constitución de actor civil en las diversas Cortes Superiores, en las que se encuentra vigente el Nuevo Código Procesal Penal, lo que repercutirá a su vez a favor de la programación de audiencias de otro tipo.

15º. Cuando el proceso penal esté referido a la presunta comisión de delitos contra la administración pública, y la notitia criminal surja en razón a la intervención realizada por la Contraloría General de la República, en ejercicio de sus atribuciones, corresponde que el Procurador Público de esa entidad se constituya como actor civil; conforme se establece en el segundo párrafo del artículo 46 del Decreto Supremo Nº 017-2008-JUS, concordado con lo dispuesto en el numeral 6.4, inciso a), de la Directiva Nº 002-2011-JUS/CDJE, de 12 de julio de 2011, emitida por el Consejo de Defensa Jurídica del Estado.

16º. Desde luego, la constitución como actor civil no se encuentra referida únicamente a la pretensión civil, dado que el así constituido en responsable, representación de los intereses del Estado, también debe colaborar en el esclarecimiento de los hechos sometidos a proceso, y aportar elementos que permitan demostrar la comisión delictiva y la magnitud del daño causado, por lo que se requiere que el Procurador

Público participe activamente durante el desarrollo de las etapas del proceso penal y haga valer, responsablemente, el derecho de impugnar, para no saturar innecesariamente a los órganos judiciales y no judiciales del sistema penal.

174

§174. Constitución del actor civil: requisitos, oportunidad y forma

Acuerdo Plenario	5-2011/CJ-116
Fecha	06 de diciembre del 2011
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	San Martín Castro y Neyra Flores.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Villa Stein, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Neyra Flores, Villa Bonilla, Calderón Castillo y Santa María Morillo.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 11°.1, 12°.3, 98°, 100° y 102° del NCPP.
Fundamentos jurídicos vinculantes	6° al 19°

RESUMEN:

*El ejercicio de la acción civil derivada del hecho delictivo corresponde al Ministerio Público, **mas su legitimación cesará en tanto el actor civil se constituya como tal en el proceso**. El Juez Penal puede pronunciarse sobre el daño y su atribución, y en su caso determinar el quantum indemnizatorio, de la reparación civil a pesar de su naturaleza, en aplicación del principio de economía procesal. La acumulación de la acción civil al proceso penal responde sencillamente a un supuesto de acumulación heterogénea de pretensiones,*

*El actor civil será **quien ha sufrido en su esfera patrimonial los daños producidos por la comisión del delito**. Por tanto, es titular frente al responsable civil de un derecho de crédito. Para su constitución –que debe realizarse antes de que culmine la investigación preparatoria, pero no antes de que se formalice la investigación-, tiene que individualizar el tipo y alcance de los daños cuyo resarcimiento pretende y cuánto corresponde a cada tipo de daño que afirma haber sufrido. El juez resolver en un plazo de tres días sobre la solicitud de constitución de actor civil, previa audiencia que contará*

con la intervención obligatoria del fiscal y con la participación facultativa de las otras partes procesales, respetando los principios de oralidad, publicidad y contradicción.

FUNDAMENTOS:

"**Aspectos generales:**

6°. El actor civil, en cuanto parte procesal, presenta una configuración jurídica de suma importancia, en la medida que esta institución ha generado interpretaciones contradictorias que con el tiempo han ido encontrando su cauce mediante las decisiones que han venido profiriendo los Juzgados y Salas, pero que al parecer no gozan de unánime respaldo.

Así las cosas, corresponde a este Supremo Tribunal en aras de garantizar la igualdad en la aplicación judicial del derecho objetivo y la vigencia del valor seguridad jurídica, dictar un Acuerdo Plenario que fije los alcances de los puntos en conflicto.

7°. El Código Procesal Penal de 2004 establece que el ejercicio de la acción civil derivada del hecho punible corresponde al Ministerio Público y, especialmente, al perjudicado por el delito; además, estipula que si éste último se constituye en actor civil, cesa la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso: artículo 11°, apartado 1), del citado Código adjetivo. En tal virtud, la participación del Ministerio Público será por sustitución, esto es, representa un interés privado. Por ello, su intervención cesa definitivamente cuando el actor civil se apersona al proceso.

Sin lugar a dudas, la modificación más importante del Código Procesal Penal en el ámbito de la acción civil incorporada al proceso penal se ubica en el artículo 12°, apartado 3), del referido Código, que estipula que la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirán al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda. Esto significa, en buena cuenta, que cuando se sobresee la causa o se absuelve al acusado no necesariamente la Jurisdicción debe renunciar a la reparación de un daño que se ha producido como consecuencia del hecho que constituye el objeto del proceso, incluso cuando ese hecho –siempre ilícito- no puede ser calificado como infracción penal.

8º. El Código Penal –Título VI, Capítulo I, Libro I- regula el instituto de la reparación civil. El Código Procesal Penal –Libro I, Sección II-, por su parte, prescribe el procedimiento necesario para su persecución eficaz. Con independencia de su ubicación formal, la naturaleza jurídica de la reparación civil es incuestionablemente civil, y que aún cuando exista la posibilidad legislativamente admitida de que un Juez Penal pueda pronunciarse sobre el daño y su atribución, y en su caso determinar el *quantum* indemnizatorio –acumulación heterogénea de acciones-, ello responde de manera exclusiva a la aplicación del principio de economía procesal. GIMENO SENDRA sostiene, al respecto, que cuando sostiene que el fundamento de la acumulación de la acción civil a la penal derivada del delito es la economía procesal, toda vez que dicho sistema permite discutir y decidir en un solo proceso, tanto la pretensión penal, como la pretensión civil resarcitoria que pudiera surgir como consecuencia de los daños cometidos por la acción delictuosa y que, de ser decidida con absoluta separación en un proceso civil produciría mayores gastos y dilaciones al perjudicado por el delito, debido a la onerosidad, lentitud e ineficacia de nuestro ordenamiento procesal civil [*Derecho Procesal Penal*, 2da Edición, Editorial Colex, Madrid, 2007, p. 257].

9º. El artículo 139º, inciso 3), de la Constitución consagra la garantía de tutela jurisdiccional, que incluye como uno de sus elementos esenciales el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales, a través del cauce del ejercicio del poder jurídico de acción, que implica la atribución que tiene toda persona de poder acudir al órgano jurisdiccional para que éste, a través de la prestación del servicio de impartir justicia al que está obligado, resuelva un conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica.

En el proceso penal peruano la titularidad de la promoción de la acción penal –que se concreta en la expedición de la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria- corresponde en exclusiva en los delitos públicos a la Fiscalía –que es un derecho-deber del Ministerio Público-, y en los delitos privados al perjudicado por el delito. El ciudadano frente a la comisión de delitos públicos sólo tiene un derecho de petición, debidamente reglado, de acudir al Ministerio Público para dar cuenta de la *notitia criminis*.

10º. Como se advierte, nuestro sistema procesal penal se ha adherido a la opción de posibilitar la acumulación de la pretensión resarcitoria, de naturaleza civil, en el proceso penal. En tal sentido GÓMEZ COLOMER

expresa que una vez aceptada la existencia de la permisibilidad de la acumulación al proceso penal de uno civil, toca determinar el objeto del proceso civil acumulado, que no es otro que la pretensión y la resistencia, siendo el contenido de la referida pretensión, casi siempre, de naturaleza patrimonial [*Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal. El objeto del proceso.* 12ª Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 110). En otras palabras, la acumulación de la acción civil al proceso penal, responde sencillamente a un supuesto de acumulación heterogénea de pretensiones, con fines procesales estrictos. Esta tendencia encuentra un beneficio en el hecho de que, con el menor desgaste posible de jurisdicción, se pueda reprimir el daño público causado por el delito y reparar el daño privado ocasionado por el mismo hecho.

Actor civil. Requisitos para su constitución:

11°. Actor civil es el perjudicado que ejerce su derecho de acción civil dentro del proceso penal. Es decir, es quien ha sufrido en su esfera patrimonial los daños producidos por la comisión del delito, siendo titular, frente al responsable civil, de un derecho de crédito, bien a título de culpa, bien por la simple existencia de una responsabilidad objetiva que pudiera surgir con ocasión de la comisión de un delito [VICENTE GIMENO SENDRA, *Ibidem,* p. 181]. Dicho de otro modo, en palabras de SAN MARTÍN CASTRO, se define al actor civil como aquella persona que puede ser el agraviado o sujeto pasivo del delito, es decir quien directamente ha sufrido un daño criminal y, en defecto de él, el perjudicado, esto es, el sujeto pasivo del daño indemnizable o el titular del interés directa o inmediatamente lesionado por el delito, que deduce expresamente en el proceso penal una pretensión patrimonial que trae a causa de la comisión de un delito [*Derecho Procesal Penal,* 2ª Edición, Editorial Grijley, Lima, 2003, p. 259].

12°. El artículo 98° del Código Procesal Penal prevé la constitución del actor civil y sus derechos. Esta figura legal está regulada en la Sección IV "El Ministerio Público y los demás sujetos procesales", Título IV "La Víctima", Capítulo II "El Actor Civil" del Libro Primero "Disposiciones Generales". Prescribe la citada norma que: *"La acción reparatoria en el proceso penal sólo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicado por el delito, es decir, por quien según la Ley civil esté legitimado para reclamar la reparación y, en su caso, los daños y perjuicios producidos por el delito".*

13º. El citado artículo 98º del Código Procesal Penal establece como premisa inicial que el actor civil es el titular de la acción reparatoria, y luego precisa que esta acción sólo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicado del delito. No debe olvidarse que la naturaleza de la acción reparatoria es fundamentalmente patrimonial y es por ello la denominación del titular de ella: "actor civil".

Éste deberá, en primer término, sustentar en el proceso cómo es que ha sido perjudicado por la conducta imputada al investigado y cómo el daño sufrido puede ser resarcido. Si bien en muchos casos se admite que hay un componente moral en la colaboración del actor civil en el proceso a fin de aportar con elementos que permitan probar la comisión del ilícito, lo cierto es que todas las facultades de éste apuntan formalmente a la acreditación, aseguramiento y pago de una reparación civil.

14º. Ahora bien, para poder constituirse en actor civil (el agraviado que actúa procesalmente para hacer valer su derecho a la reparación civil por el daño causado con el delito) deben reunirse los requisitos puntualizados en el artículo 100º del Código Procesal Penal. En efecto, ocurre que el citado cuerpo de leyes ha establecido lo siguiente:

1) La solicitud de constitución en actor civil se presentará por escrito ante el Juez de la Investigación Preparatoria.

2) Esta solicitud debe contener, bajo sanción de inadmisibilidad:

a) Las generales de Ley de la persona física o la denominación de la persona jurídica con las generales de Ley de su representante legal; **b)** La indicación del nombre del imputado y, en su caso, el tercero civilmente responsable, contra quien se va a proceder; **c)** El relato circunstanciado del delito en su agravio y exposición de las razones que justifican su pretensión; y **d)** La prueba documental que acredita su derecho conforme al artículo 98º.

15º. Como se advierte del parágrafo precedente, si bien se está frente a una pretensión de índole resarcitoria, la Ley procesal exige que el perjudicado -que ejerce su derecho de acción civil- precise específicamente el *quantum* indemnizatorio que pretende. Ello conlleva a que individualice el tipo y alcance de los daños cuyo resarcimiento pretende y cuánto corresponde a cada tipo de daño que afirma haber sufrido. Con esta medida la norma procesal persigue dar solución a un problema sumamente grave en nuestro ordenamiento judicial pues con el transcurrir del tiempo la

práctica tribunalicia revela que los montos dinerarios que se establecen por concepto de reparación civil en sede penal son relativamente menores y no guardan relación ni proporción con el hecho que forma parte del objeto procesal.

Actor civil. Oportunidad y forma para su constitución:

16°. Otro de los problemas recurrentes que es del caso abordar en el presente Acuerdo Plenario es el relativo a la oportunidad para constituirse en actor civil. El artículo 101° del Código Procesal Penal expresa que la constitución en actor civil deberá efectuarse antes de la culminación de la Investigación Preparatoria. En este punto lo que cabe dilucidar es si la petición de constitución en actor civil puede hacerse en la fase de diligencias preliminares –que integra la investigación preparatoria-, o si resulta necesario que se haya formalizado la continuación de la Investigación Preparatoria.

17°. Es de descartar la primera posibilidad fundamentalmente porque, como bien se sabe, al momento que se vienen realizando las diligencias preliminares el Ministerio Público aún no ha formulado la inculpación formal a través de la respectiva Disposición Fiscal; esto es, no ha promovido la acción penal ante el órgano jurisdiccional, por lo que mal podría acumularse a ella una pretensión resarcitoria en ausencia de un objeto penal formalmente configurado. Por lo demás, debe quedar claro que con la formalización de la Investigación Preparatoria propiamente dicha el Fiscal recién ejerce la acción penal, acto de postulación que luego de ser notificado al Juez de la Investigación Preparatoria (artículos 3° y 336°.3 del Código Procesal Penal) permite el planteamiento del objeto civil al proceso penal incoado.

18°. Por otro lado, en lo que respecta al trámite jurisdiccional para la constitución en actor civil del perjudicado por el hecho punible, el artículo 102° del Código Procesal dispone lo siguiente: *"**1.** El Juez de la Investigación Preparatoria, una vez que ha recabado información del Fiscal acerca de los sujetos procesales apersonados en la causa y luego de notificarles la solicitud de constitución en actor civil resolverá dentro del tercer día. **2.** Rige en lo pertinente, y a los solos efectos del trámite, el artículo 8°"*. Lo más importante, además del trámite previsto en el referido artículo 102° del aludido Código que establece la obligación del Juez de recabar información de los sujetos procesales apersonados y correr traslado de la petición, a fin de

resolver dentro del tercer día, es el hecho de analizar si este procedimiento de constitución en actor civil debe hacerse obligatoriamente con la celebración de audiencia.

19°. La lectura asistemática del artículo 102°, apartado 1), del Código Procesal Penal puede sugerir a algunas personas que el Juez dictará la resolución sin otro trámite que el haber recabado la información y la notificación de la solicitud de constitución en actor civil. Empero, el segundo apartado del indicado artículo precisa que para efectos del trámite rige lo dispuesto en el artículo 8° -se trata, como es obvio, de una clara norma de remisión-. Esta última disposición estatuye que el procedimiento requiere como acto procesal central que el Juez lleve a cabo una audiencia con la intervención obligatoria del fiscal y, debe entenderse así, con la participación facultativa de las otras partes procesales. No es el caso, por ejemplo, del artículo 15°.2.c) del Código Procesal Penal, que autoriza al Juez, bajo la expresión: "*...de ser el caso*", resolver un incidente procesal determinado sólo si se producen determinados presupuestos.

Resulta entonces que el trámite de la constitución en actor civil tendría que realizarse necesariamente mediante audiencia, en cumplimiento de los principios procedimentales de oralidad y publicidad, y el principio procesal de contradicción establecidos en el artículo I.2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal. Debe entenderse, desde esta perspectiva, que el plazo de tres días fijado en el artículo 202°.1 de la Ley Procesal Penal se refiere al paso de expedición de la resolución correspondiente -que en el caso del artículo 8° es de dos días de celebrada la audiencia como plazo máximo-, pero ésta debe proferirse, como paso posterior, de la realización de la audiencia.

Por consiguiente, no es posible deducir de la ley que la audiencia sólo se llevará a cabo ante la oposición de una parte procesal, pues tal posibilidad no está reconocida por el Código Procesal Penal y sería contraria al principio de legalidad procesal. No obstante ello, la vulneración del derecho objetivo no necesariamente produce nulidad de actuaciones, pues ésta tiene como presupuestos no sólo la vulneración de la ley sino principalmente la generación de una indefensión material a las partes procesales o la absoluta desnaturalización del procedimiento lesiva a los principios y garantías que le son propios e insustituibles. La nulidad, pues, está condicionada a las infracciones de relevancia constitucional se anotan."

175

§175. Legitimidad procesal de la persona natural imputada en un proceso penal con independencia de la incorporación dela persona jurídica que representa

Casación	134-2015-UCAYALI
Fecha	17 de agosto de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	José Antonio Neyra Flores.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 27° del CP y el Art. 6° del NCPP.
Fundamentos jurídicos vinculantes	13°, 20°, 27°, 33°.

RESUMEN:

La responsabilidad que afronte la persona natural, socio o representante de la persona jurídica, no depende de la constitución de la persona jurídica al proceso, este acto no tiene ninguna incidencia, por lo que, la persona natural como imputado en un proceso penal puede plenamente hacer ejercicio de los Derechos que le confiere la Constitución Política del Estado y la Ley Procesal, sin ninguna actuación o procedimiento previo.

Respecto a la interposición de la excepción de improcedencia de acción, y sus presupuestos, no se establece que para que el imputado interponga este medio técnico de defensa, la persona jurídica a la que representaría, haya sido incorporada al proceso como sujeto procesal, por lo que no constituye un presupuesto.

FUNDAMENTOS:

1. *Aspectos Generales*

PRIMERO. Conforme con la Ejecutoria Suprema del diez de agosto de dos mil quince –calificación de casación–, obrante a fojas sesenta del cuadernillo formado en esta instancia, el motivo de casación admitido está referido al desarrollo de doctrina jurisprudencial sobre:

a) Si la atribución de responsabilidad que se le haga a personas naturales cuya cuestionada actuación se haya dado en el ejercicio de su calidad de socio o representante de una persona jurídica, deba tener como antecedente la incorporación en calidad de sujeto del delito a esta última, y

b) si de ello depende la legitimidad procesal de los primeros para interponer los medios técnicos de defensa y otros que les franquea la Ley. En tal sentido, al emitirse la decisión de fondo, se persigue la necesidad de uniformizar la jurisprudencia que recaerá sobre este tipo de casos.

SEGUNDO. Se imputa a los procesados Jeannette Sofía Aliaga y Freddy Oscar Escobar Rozas, que teniendo la calidad de accionistas de Plantaciones Ucayali SAC., tomaron la decisión de ejecutar acciones de deforestación y desbosque, no solo en los terrenos que habían adquirido en adjudicación, por parte de la Dirección Sectorial de Agricultura (Nueva Requena, Distrito de Curimana, Coronel Portillo), sino también, en los terrenos aledaños a su propiedad, que pertenecen a los agricultores privados y al Estado, utilizando maquinaria pesada para hacer caminos, además, que no realizaron el cambio de uso para ejecutar sus obras.

2. La atribución de responsabilidad en el derecho penal: persona natural y jurídica

TERCERO. Desde la configuración de la teoría del delito actual con los aportes de la escuela causalista, la responsabilidad penal de la persona natural nace como consecuencia de su acción típica, antijurídica y culpable que afecta un bien jurídico. Por ello, Hurtado Pozo, señaló que en la dogmática penal, la noción material de infracción ha sido elaborada en relación con el concepto de bien jurídico: la infracción es así concebida como un comportamiento que viola o pone en peligro un bien jurídico.

CUARTO. Desde una perspectiva funcionalista, señala Jakobs2 que la función de la imputación se deriva de la función de la pena, esto es, establece a qué persona ha de castigarse para cumplir con el fin de la estabilización de la norma. Quinto. Entonces, la responsabilidad penal del agente solo depende de su acción lesiva. De ahí, que se entiende a la acción como manifestación de la personalidad. Es decir, es acción todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico-espiritual, estos efectos parten únicamente de la esfera corporal (somática) del hombre.

SEXTO. Como señala Roxin, una de las funciones de esta categoría es la de ser un elemento límite, por tal:

a) Son acciones los efectos que proceden de personas naturales.

b) No son acciones los actos de personas jurídicas, pues, dado que les falta una sustancia psíquico-espiritual, no pueden manifestarse a sí mismas. Sólo "órganos" humanos pueden actuar con eficacia para ellas.

SÉPTIMO. Pese a ello, existe la necesidad de privar a la persona jurídica de los beneficios que ha obtenido mediante los delitos de sus órganos [...] se considera que una actuación penal sobre el patrimonio de la persona jurídica es frecuentemente más eficaz que la exigencia de responsabilidad a sus órganos, aunque no es inusual la pena para las asociaciones en el Derecho extranjero, sobre todo en Inglaterra y en EE.UU. En el Derecho alemán existe la multa contra personas jurídicas y agrupaciones de personas como consecuencia accesoria de delitos o de contravenciones administrativas que se hayan cometido al actuar por personas jurídicas o agrupaciones de personas. En los últimos años se ha vuelto a encender vivamente la discusión sobre qué sanciones se pueden imponer por el comportamiento de las corporaciones. El trasfondo de la discusión es el interés por poder combatir más eficazmente los delitos económicos o medioambientales, pero aún no está claro cómo se debería hacer, pues las propuestas formuladas hasta el momento difieren ampliamente unas de otras.

OCTAVO. No obstante, el Código Penal no ha establecido la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino, como señala Roxin, la aplicación de consecuencias accesorias, cuya imposición depende de factores ajenos a los elementos de la atribución de responsabilidad penal.

NOVENO. Sin embargo, existen tipos penales que parecen dirigidos a la punición de la persona jurídica, pues contienen elementos o conductas que en el tráfico jurídico sólo podría poseer o realizar la persona jurídica. Un ejemplo de

ello, es el delito contra los bosques o formaciones boscosas, regulado en el artículo 310 del Código Penal: "Será reprimido [...] el que sin contar con permiso, licencia, autorización o concesión otorgada por autoridad competente, destruye, quema, daña o tala, en todo o en parte, bosques u otras formaciones boscosas, sean naturales o plantaciones".

DÉCIMO. En estas actividades, el permiso no solo se le otorga a la persona natural, sino también a la jurídica. En este segundo caso, quien toma la decisión de afectar los bosques, el gerente, director, socio, etc., no actúa de propia mano, sino a través de los empleados de la empresa. Por ello, el Código Penal, para evitar la posible laguna de punibilidad a la persona natural, ha regulado la figura del "actuar por otro" en su artículo 27.

3. *Actuación del socio o representante de la persona jurídica.*

DÉCIMO PRIMERO. El artículo 27 del Código Penal, establece la punibilidad de actuación en nombre de la persona jurídica, señalando que: "El que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica como autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo penal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurran en él, pero sí en la representada".

DÉCIMO SEGUNDO. Esta norma contempla el instituto del "actuar en nombre de otro", que como lo afirma Gracia Martín parte del principio de equivalencia, en el sentido que la Ley sanciona a quien obrando en nombre de otro no reúne las condiciones exigidas para ser sujeto activo. Es valorada en el sentido que el sistema de irresponsabilidad penal de la persona jurídica no debe redundar en la impunidad de las personas naturales que habían ostentado el dominio del hecho. En tal dirección, este artículo vino a satisfacer un vacío de punibilidad que se observaba principalmente en los delitos especiales propios.

DÉCIMO TERCERO. De lo expuesto se establecen las siguientes situaciones: **i)** La atribución de responsabilidad penal de la persona natural depende únicamente de su acción lesiva de bienes jurídicos. **ii)** El Código Penal no regula la responsabilidad penal de la persona jurídica. **iii)** Cuando algunos de los elementos del tipo penal se presentan en la persona jurídica, la responsabilidad penal de la persona natural solo depende de la aplicación del artículo 27 del Código Penal. **iv)** Por ello, la responsabilidad que afronte la persona natural, socio o representante de la persona jurídica, no depende de la constitución de la persona jurídica al proceso, este acto no tiene ninguna incidencia, por lo que, la persona

natural como imputado en un proceso penal puede plenamente hacer ejercicio de los derechos que le confiere la Constitución Política del Estado y la Ley Procesal, sin ninguna actuación o procedimiento previo.

4. *El imputado como sujeto procesal*

DÉCIMO CUARTO. El proceso penal se ha configurado esencialmente como una relación entre sujetos procesales, de un lado el juez que dirimirá el conflicto, en un extremo el fiscal, que tiene la carga de la prueba y acusar y al frente, el imputado, que debe defenderse de la imputación. Este último es el determinado en un acto inicial del proceso penal (denuncia o querella) como presunto autor de la comisión del delito.

DÉCIMO QUINTO. El imputado goza de los derechos y garantías que le reconocen la Constitución Política del Estado, las Normas Internacionales y el Código Procesal Penal. Así, nuestra norma Fundamental el inciso 14 del artículo 139 señala que: Son principios y derechos de la función jurisdiccional: "El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad".

DÉCIMO SEXTO. Sobre sus derechos el Tribunal Constitucional a través del expediente N° 06260-2005-HC/ TC ha precisado que el derecho de defensa, tiene una doble dimensión: una material, referida al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y otra formal, que supone el derecho a una defensa técnica; esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso.

DÉCIMO SÉPTIMO. También, el inciso 2 del artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que, durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: **a)** derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal.

b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada.

c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa.

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor. **e)** derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

DÉCIMO OCTAVO. Por su parte, el inciso 1 del artículo 71 del Código Procesal Penal vigente desde el año 2006, refiere que: "El imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su abogado defensor, los derechos que la Constitución y las Leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso".

DÉCIMO NOVENO. Como señala Maier: el proceso penal reglado que exige la Constitución Política es uno acorde con las garantías y seguridades individuales, por ello, imputado como sujeto procesal goza de plena capacidad de ser titular de derechos y obligaciones procesales y, especialmente del derecho de defensa y sus instrumentales, medio necesario para hacer valer el derecho fundamental a la libertad10.

VIGÉSIMO. Entonces, la calidad de imputado se establece desde que existe la atribución de un delito en contra de un ciudadano por una disposición de formalización de investigación preparatoria conforme con el inciso 1 del artículo 336 del Código Procesal Penal. Pudiendo ejercer los derechos que le reconoce la Constitución Política del Estado y el Código Procesal Penal.

5. *La persona jurídica como sujeto en el proceso penal*

VIGÉSIMO PRIMERO. La incorporación de la persona jurídica en la comisión de delitos se debe a la frecuencia con la que se cometen ilícitos en el ámbito societario, originarios por la vida económica que somete a las empresas y a sus directivos a una gran presión y obligación estatal de incrementar la efi cacia

del proceso penal y a que puedan defenderse de la imputación en su contra y la posibilidad de merecer las medidas contempladas en la Ley Procesal.

VIGÉSIMO SEGUNDO. Así, cuando un delito es cometido utilizando una persona jurídica, en el ejercicio de su actividad o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, esta última es pasible de las medidas reguladas en los artículos 104 y 105 del Código Penal.

VIGÉSIMO TERCERO. El Código Penal incorporó estas sanciones aplicables a las personas jurídicas y las denominó consecuencias accesorias. Con esta decisión político criminal la legislación nacional procuraba establecer un inédito nivel de respuesta punitiva frente a aquellos delitos donde resultase involucrada una persona jurídica. Lo cual, por lo demás, se adhería a una consolidada tendencia en el derecho comparado.

VIGÉSIMO CUARTO. En ese sentido el Acuerdo Plenario número N° 7-2009/CJ-116, sobre las consecuencias accesorias a imponer a las personas jurídicas, ha referido en su fundamento doce: "Es pertinente distinguir que este tipo de sanciones penales no son penas accesorias como la de inhabilitación que define el artículo 39° del Código Penal. No son, pues, un complemento dependiente o accesorio a una pena principal que se imponga al autor del delito. Su calidad accesoria, vicaria o paralela deriva, más bien, de un requisito o condición esencial que implícitamente exige la ley para su aplicación judicial, cual es la necesaria identificación y sanción penal de una persona natural como autora del hecho punible en el que también resulta conectada, por distintos y alternativos niveles de imputación, un ente colectivo".

VIGÉSIMO QUINTO. Por ello, la persona jurídica tiene la categoría de sujeto pasivo, aplicable también a la persona natural (imputado), que se explica por tres razones: la primera porque contra ella recaerá, al final del proceso, una consecuencia jurídica de las establecidas en los artículos 104° y 105° del Código Penal. La segunda, que se deriva de la primera, es que contra ella es posible imponer durante el proceso una medida cautelar, más en concreto una medida preventiva de las señaladas en el catálogo que nos presenta el artículo 313° del Código Procesal Penal. Sin embargo, hay una tercera que ya no tiene que ver con las consecuencias sancionatorias o instrumentales sino más bien con el supuesto de hecho. Si bien, no existe capacidad de acción por parte de un ente colectivo, sin embargo, el "supuesto de hecho imponible" lo encontramos en aquella condición establecida en el primer párrafo del artículo 105° del citado cuerpo de leyes, esto es, que el hecho punible realizado por la persona natural "fuere cometido en ejercicio

de la actividad de cualquier persona jurídica" o "utilizando su organización para favorecerlo e encubrirlo".

VIGÉSIMO SEXTO. De esta forma, el Código Procesal Penal ha regulado la forma de incorporación como sujeto procesal de la persona jurídica en el proceso penal. El artículo 90 indica que las personas jurídicas, siempre que sean pasibles de imponérseles las medidas previstas en los artículos 104 y 105 del Código Penal, deberán ser emplazadas e incorporadas en el proceso, a instancia del Fiscal. Para ello, de conformidad con el artículo 91, el requerimiento del Fiscal se producirá una vez que se comunica al juez la decisión de formalizar la investigación, hasta antes de darse por concluida la Investigación Preparatoria. Será necesario que se indique la identificación y el domicilio de la persona jurídica, la relación sucinta de los hechos en que se funda el petitorio y la fundamentación legal correspondiente.

VIGÉSIMO SÉPTIMO. Una vez incorporada la persona jurídica, goza de todos los derechos y garantías del imputado, así lo configura el artículo 93 del Código Procesal Penal. En conclusión, no existe otro efecto que se genere de su incorporación, menos la legitimidad procesal de las personas naturales imputadas para interponer los medios técnicos de defensa y otros que les franquea la Ley, como señalamos en el considerado vigésimo. Excepción de improcedencia de acción

VIGÉSIMO OCTAVO. La excepción es un medio de defensa que ataca directamente la relación procesal, consiste en la expresa oposición que formula el imputado a la prosecución del proceso, por entender que este carece de alguno de los presupuestos procesales establecidos por el ordenamiento jurídico procesal.

VIGÉSIMO NOVENO. El Código Procesal Penal contempla estas excepciones en el artículo 6, en el apartado b) se regula la excepción de improcedencia de acción, refiriendo que procede cuando: a) el hecho no constituya delito. b) cuando el hecho no sea justiciable penalmente.

TRIGÉSIMO. La Sala Penal Permanente a través de la Ejecutoria Suprema - Recurso de Nulidad Nº 318-2007, refiere sobre la institución citada que: "el primer supuesto, comprende todos aquellos casos de atipicidad penal absoluta o relativa del hecho objeto de la imputación o de la concurrencia de una causa de justificación, en cambio, en el segundo supuesto hace referencia a la ausencia de una condición objetiva de punibilidad o a la presencia de una causal personal de exclusión de pena o excusa absolutoria".

TRIGÉSIMO PRIMERO. El inciso dos del artículo 6 del Código Procesal Penal, señala que, si se declara fundada, el proceso será sobreseído definitivamente. Este medio técnico de defensa, como refiere el artículo 7 del

Código Procesal Penal, se plantean una vez que el Fiscal haya decidido continuar con las investigaciones preparatorias y se resolverán necesariamente antes de culminar la Etapa Intermedia, pudiendo ser declarados de oficio.

TRIGÉSIMO SEGUNDO. El artículo 8 del mismo cuerpo normativo, sobre el procedimiento, establece que será planteada mediante solicitud debidamente fundamentada ante el Juez de la Investigación Preparatoria, que notificará la admisión del medio deducido, señalará fecha para la audiencia, que se realizará con quienes concurran.

TRIGÉSIMO TERCERO. Es decir, no se establece que para que el imputado interponga este medio técnico de defensa, la persona jurídica a la que representaría, haya sido incorporada al proceso como sujeto procesal, por lo que, no constituye un presupuesto.

176

§176. Legitimación del agraviado en el proceso penal

Casación	353-2011-AREQUIPA
Fecha	04 de junio de 2013
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Villa Stein.
Jueces Supremos	Villa Stein, Pariona Pastrana, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Rosas Escalante.
Disposiciones estudiadas	Art. IV del Título Preliminar, 61° inciso 2, 95° numeral 1 literal d), 347° del NCPP.
Fundamentos jurídicos vinculantes	4° considerando

RESUMEN:

El agraviado del delito se encuentra en condiciones de ser un protagonista del proceso penal, encontrándose facultado por el Código Procesal Penal para participar activamente en el desarrollo del proceso, siendo necesario que el agraviado actúe con todos los derechos y garantías que le aseguran la satisfacción de su pretensión.

FUNDAMENTOS:

4.3. En primer lugar cabe resaltar que el Estado debe garantizar y establecer las condiciones mínimas de los derechos de la víctima y/o agraviado, debiendo de facultar su activa participación dentro del proceso penal para logar el restablecimiento de su pretensión, esto es, resarcimiento del daño causado por parte del autor de la comisión del delito.

4.4. Sin embargo, lo expuesto, no supone que los poderes de la víctima en el proceso penal, son absolutos y omnímodos, toda vez que está sometido al principio del contradictorio que deriva del derecho constitucional a la igualdad

de armas, el derecho de defensa y del debido proceso. Tampoco implica que la víctima o el perjudicado puedan desplazar a la Fiscalía, titular de la acción penal, según lo previsto en el artículo ciento cincuenta y nueve de nuestra Carta Magna o al Juez en el cumplimiento de sus funciones constitucionales o que su participación transforme el proceso penal en un instrumento de represalia o venganza contra el procesado.

4.5. En efecto, se advierte con claridad que el agraviado del delito se encuentra en condiciones de ser un protagonista del proceso penal, encontrándose facultado por el Código Procesal Penal para participar activamente en el desarrollo del proceso, siendo necesario que el agraviado actúe con todos los derechos y garantías que le aseguran la satisfacción de su pretensión, por ello, se advierte que el artículo noventa y cinco del Código Procesal Penal, específicamente, en el literal d), del numeral uno, establece que: "el agraviado tendrá como derecho impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria "; en concordancia con el artículo trescientos cuarenta y siete del mismo Cuerpo legal, señala que contra el auto de sobreseimiento procede recurso de apelación; motivo por el cual, la Sala Superior debe emitir nuevo pronunciamiento.

4.6. Respecto, a los cuestionamientos formulados de la posibilidad de establecer si la carga de la prueba la tiene únicamente la Fiscalía o en algún momento varía hacia la defensa, cabe precisar que tal como lo establece el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal, en concordancia con el inciso dos, del artículo sesenta y uno del mismo cuerpo legal, el Ministerio Público es el titular de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba, debiendo actuar con objetividad, indagando no sólo los hechos constitutivos de delito, sino también los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado; sin embargo, ello no impide que el procesado pueda defenderse de la imputación fáctica que pesa en su contra, presentando medios de prueba de descargo, más aún cuando se trata de una defensa afirmativa, donde el Juez exigirá que el encausado descubra todos los elementos probatorios e información que posea y que sustente la misma (véase: LEÓN PARADA, Víctor Orielson, El ABC del nuevo sistema acusatorio penal: El juicio oral, ECOE, Bogotá, dos mil cinco, página ciento cuatro). Finalmente, en relación a si las conclusiones arribadas en una investigación fiscal son válidas en otro proceso, al respecto debemos señalar que una es un juicio de racionamiento y como tal no puede ser llevado a otro proceso".

177

§177. Facultades de la parte civil en el proceso penal

Recurso de Nulidad	677-2016-LIMA
Fecha	17 de mayo del 2017
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Figueroa Navarro.
Jueces Supremos	Pariona Pastrana, Calderón Castillo, Figueroa Navarro, Cevallos Vegas, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Art. 57 del C de PP

RESUMEN:

Intervención procesal de la Parte Civil, sí bien es coadyuvante en la acreditación del hecho histórico postulado por el Ministerio Público; su subsistencia como tal o su adecuación a los elementos de los delitos imputados no san independientes a los lineamentos persecutores que el representante de la legalidad imponga como titular de la acción penal, salvo que se trate de un Ilícito perseguidle por acción privada. A la Parte civil no le está permitida pedir o referirse a la sanción penal; esta restricción es una consecuencia directa de la división funcional dentro del proceso penal, en la que el Ministerio Público está a cargo fundamentalmente de probar el objeto penal del proceso y la parle civil de su objeto civil.

FUNDAMENTOS:

5.11. La intervención procesal de la Parte Ovil, si bien es coadyuvante en la acreditación del hecho histórico postulado por el Ministerio Público; su subsistencia como tal o su adecuación a los elementos de los delitos imputados no es independiente a los lineamientos persecutores que el representante de la legalidad imponga como titular de la acción penal, salvo que se trate de un ilícito perseguible por acción privada [calumnia,

difamación o injuria]. La Parte Civil ejerce facultades probatorias, en aras de garantizar la prestación de una reparación civil proporcional al daño patrimonial y extra patrimonial generado a consecuencia del hecha punible, lo cual, no implica que deba arrogarse funciones cuya titularidad no le concierne. La incoación de la acción penal pública incumbe exclusivamente al Ministerio Público. Esta consideración tiene como base normativa lo establecido en el artículo 159° de la Constitución Política de! Estado, siendo pertinente destacar, entre las principales atribuciones del Ministerio Público, las siguientes: "Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por ei derecho" [numeral 1] y "Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte" [numeral 5]

5.12. En tal sentido, se desprende que nuestro ordenamiento legal dota de facultades a cada uno de los sujetos procesales intervinientes en un proceso penal. Con relación a la parte civil, el artículo 57° del Código de Procedimientos Penales, delimita el desenvolvimiento de la Parte Civil de cara al proceso. En efecto, no solo le brinda facultades, sino también le señala que "No le está permitido pedir o referirse a ia sanción penal.";esta restricción es una consecuencia directa de la división funcional dentro del proceso penal, en la que el Ministerio Público está a cargo fundamentalmente de probar el objeto penal del proceso y la parte civil de su objeto civil. Pero en el sistema procesal antiguo, el objeto civil que se incorpora al proceso penal, como consecuencia de la voluntad expresa del agraviado, depende de la subsistencia del objeto penal. En tal virtud, estando frente a una sentencia absolutoria, cuya conformidad ha sido expresada por el Fiscal Supremo; nos permite afirmar que la acción persecutoria del delito, en este extremo, ha fenecido, pues el único facultado para ejercerla, se ha mostrado conforme con la decisión adoptada por el órgano jurisdiccional sentenciador; de manera tal que encontrándose limitado el ámbito de acción de la Parte Civil, su pretensión no podría tener acogida por este Tribunal Supremo.

5.13. Sin embargo, el razonamiento último expresado en el considerando precedente, no es de total exclusión, pues emitida la sentencia absolutoria, el control impugnativo se circunscribe a estrictos términos residenciados en la presencia o no de Indefensión en la víctima, es decir, si su derecho de defensa procesal, protegido constitucionalmente por el artículo 139°, numeral 14), de la Constitución de) Estado, ha sido vulnerado con motivo

del procedimiento incoado o del contenido estructural de la sentencia condenatoria j7]. No obstante y siempre sobre la línea de) respeto a las garantías constitucionales de las que se encuentra revestido el proceso penal, este Supremo Tribunal en tanto órgano revisor, ha de verificar si la sentencia impugnada se encuentra suficientemente motivada, pues es de imperativo legal que todos los Jueces, cualquiera sea la instancia, den respuesta razonada a sus decisiones.

5. DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

178

§178. Principio de oportunidad. Acuerdos reparatorios

Casación	437-2012-SAN MARTIN
Fecha	19 de setiembre de 2013
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Tello Gilardi
Jueces Supremos	Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Tello Gilardi, Neyra Flores, Morales Parraguez.
Disposiciones estudiadas	Art. 2° del NCPP
Fundamentos jurídicos vinculantes	10°

RESUMEN:

El imputado como la víctima, una vez promovida la acción penal, tienen legitimidad material como procesal para postular el sobreseimiento en base al acuerdo, porque de un lado, el imputado pretende extinguir la responsabilidad penal, y del otro, la victima al recurrir al sistema de justicia criminal busca obtener algún tipo de reparación o compensación de los daños causados por el delito que ha sido objeto.

FUNDAMENTOS:

DÉCIMO: Atento a los motivos casacionales, especialmente, primero, en cuanto a una correcta interpretación del artículo 2[125], incisos 6[126] y 7[127] del Código Procesal Penal, referidos a la postulación de acuerdos reparatorios una vez iniciado la investigación preparatoria, se debe señalar lo siguiente:

El proceso penal es un conjunto de actos tendientes a la investigación y esclarecimiento de hechos punibles con el fin de determinar la responsabilidad penal de las personas involucrados en tales delitos y establecer su culpabilidad o reiterar su inocencia. Dentro de esta finalidad se han introducido figuras, que anteriormente no habían sido consideradas tendientes a colaborar con los principios que rigen al derecho procesal penal, permitiendo a celeridad y economía procesal, así como una mayor humanización dentro del proceso.

Así que se han incorporado mecanismos en los cuales las víctimas pueden ejercitar derechos que conlleven a una solución justa de su caso. Es decir, se tiende al reconocimiento mas amplio del derecho en las víctimas en el sistema de justicia penal. Bajo estos lineamientos, se inscribe el Acuerdo reparatorio regulado en el artículo 2 incisos 6 y 7 del Código Procesal Penal como una fórmula alternativa de solución de conflictos "que busca la reparación de la víctima en determinados supuestos en los que sea posible". Este acuerdo, viene a constituirse como un mecanismo legal, que solo responde a sus demandas o necesidades reales de justicia frente a la afectación de sus derechos y bienes jurídicos protegidos, así como el daño causado; además, pretende la evitación de un daño mayor, como

---

125 **Artículo: Principio de oportunidad.**

126 **6.** Independientemente de los cosos establecidos en el numeral J) procederá un acuerdo reparatorio en los delitos previstos y sancionados en los articulas 122, 185, 187, 189-A Primer Párrafo. 190. 191. 192.193. 196. 197. 198, 205, 215 del Código Penal. y en los delitos culposos, No rige esto reglo cuando hoyo pluralidad importante de víctimas o concurso con otro delito; salvo que. en este último coso. o e menor gravedad o que afecte bienes jurídicos disponibles.

El Fiscal de oficio o a pedido del imputado o de lo víctima propondrá un acuerdo reparatorio. Si ambos convienen el mismo. el Fiscal se abstendrá de ejercitar la acción penal. Si el imputado no concurre a la segundo citación o se ignora su domicilio o paradero. el Fiscal promoverá lo acción penal. Rige en lo pertinente el numera l 3).

127 **7.** Si la acción penal hubiera sido promovido, el Juez de lo Investigación Preparatoria. previo audiencia. Podrá a petición del Ministerio Público. con lo aprobación del imputado y citación del agraviado. dictar auto de sobreseimiento -con o sin las reglas fijadas en el numeral 5)- hasta antes de formularse lo acusación. bajo los supuestos ya establecidos. Esta resolución no será impugnable, salvo en cuanto al monto de la reparación civil si ésta es fijado por el Juez ante la inexistencia de acuerdo entre el imputado y la víctima, o respecto a los reglas impuestas si éstas son desproporcionados y afectan irrazonablemente lo situación jurídica del imputado.

resultado directo del proceso mismo o de la posible actuación negligente de las instituciones del sistema de administración de justicia, a efecto de no incurrir en la llamada re-victimización institucional como puede producirse a consecuencia de un proceso penal prolongado u oneroso - a pesar de la gratuidad, si se tiene en cuenta los recursos empleados, tales como: legales, tiempo, emocionales, etc. -, o de circunstancias que conlleve a la víctima o revivir situaciones traumáticas, entre otras.

Por su parte en el ámbito internacional. los "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas en las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones[128]", establece que las víctimas merecen una reparación penal bajo cinco formas, tales como: restitución[129], indemnización[130], rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

Estas figuras alternativas a la prosecución del proceso, se conciben como modos de auto-composición procesal, que tienen la misma eficacia que la sentencia, pero se originan, en la voluntad de las partes (fiscal, investigado y/o víctima), o bien en la declaración unilateral de una de ellas; que al igual que la solución judicial de la litis, por el juez, existe la solución convencional, por el cual, las partes elevan directamente ante el juez, sus respectivas peticiones, para poner fin al proceso, con el efecto de cosa juzgada propio de la sentencia.

Estos medios alternativos a la prosecución del proceso son consideradas como formas anticipadas de solución del proceso penal y definidas como

---

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

[129] La restitución aquí tiene un sentido más amplio que lo prevista en la ley interna pues es definida como lo devolución de la victima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o lo violación grave del derecho internacional humanitario, y comprende el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su labor de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes (principio diecinueve) Citado en la sentencia del expediente N° A.V 19-2001, del 07 de abril de 2009, párrafo 796.

[130] Respecto a la indemnización, que si se asemeja a la ley interna, señala que comprende todos los perjuicios económicamente evaluados, consecuencia de violaciones manifiestos de los normas internacionales de derechos humanos o de violaciones graves del derecho internacional humanitario, e incluye: (a) El daño físico o mentol; (b) La perdido de oportunidades, en particular los de empleo, educación y prestaciones sociales; (c) los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; (d) Los perjuicios morales; y (e) Los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales.

situaciones que ponen fin al juzgamiento antes de la sentencia, dentro de los que se encuentran el principio de oportunidad [131]y los acuerdos reparatarios.

Los Acuerdos reparatarios se han introducido con el cambio del ordenamiento procesal. Se consideran, como una forma de auto-composición procesal de las partes, en la cual se afecta menos la integridad personal y se evita la estigmatización del imputado y se ofrece a la víctima una respuesta de tipo económica que, de alguna manera, le permite subsanar el derecho vulnerado, catalogado en una norma, como delito.

En este sentido, deben ser entendidos como un convenio, que se puede celebrar, entre quien sea víctima de un delito y la persona a que se le impute participación en dicho delito (imputado), con el objeto de que el segundo, se obligue a satisfacer la responsabilidad civil proveniente de dicho delito, vale decir, que el imputado se obligue a pagar los daños materiales y morales, y los perjuicios que su acción delictiva hoya acarreado. La manifestación de la voluntad debe ser libre y consciente, entre el imputado y lo víctima, por medio del cual, los mismos llegan a una solución sobre el daño causado por el hecho punible, mediante la restitución, la reparación del daño causado o la indemnización de perjuicios. que son sometidos a la jurisdicción del Juez para que los apruebe o rechace antes de la sentencia definitiva.

La naturaleza jurídica de estos tipos de Acuerdos, es que son convenios de carácter consensual bilateral, que se encuadra bajo los principios de celeridad y economía procesal, en donde prevalece la auto disposición de las partes y existe una mínima intervención del Estado.

En este contexto, cuando en el artículo 2, incisos 6 y 7 del Código Procesal Penal, regula el acuerdo reparatorio, dada su finalidad y naturaleza, una vez iniciada la etapa de investigación preparatoria, se debe entender que este mecanismo puede ser postulado por el inculpado o por la víctima (conforme a la forma prevista en el citado artículo, inciso 3, parte *in fine*, concordado con el inciso 7, segundo párrafo, parte *in fine,* " acuerdo entre el imputado y la víctima, que conste en instrumento público o documento privado legalizado") de forma

---

[131] Llamado también poro algunos autores como el principio de la discrecionalidad. Este principio ha sido acogido en diferentes ordenamientos jurídicos europeos principalmente en Portugal, Italia, España, pero es el Sistema Alemán quien lo ha regulado más detalladamente. En el Derecho Anglosajón, ha sido considerada como la regla y está sustentado sobre lo *plea guilty*: que significa confesión dirigida a evitar el juicio y *la plea bargaining*: negociación entre el fiscal y el imputada que supone pactar la acusación en toda su extensión y de este modo, reducir o multar a conveniencia si es el caso, el hecho penal en si mismo considerado.

directa ante el Juez de Investigación Preparatoria, especialmente, porque el propósito del acuerdo reparatorio radica en el interés entre la víctima y el imputado en celebrar el acuerdo reparatorio, cuyo objeto es la resolución alternativa del conflicto surgido, indemnizándose a la víctima con una justa reparación, además de lograrse la extinción de la acción penal, que por razones de economía procesal, constituye una solución para evitar un proceso largo y costoso.

Esta petición, planteada por el imputado y agraviado, debe ser necesariamente trasladada al Fiscal Provincial, a cargo de la Investigación preparatoria, para que con su opinión de conformidad u oponibilidad, el Juez de la Investigación preparatoria, sin necesidad de audiencia de acuerdo - en tanto, son los portes quienes lo han celebrado - expida la resolución correspondiente, quien, no solo homologará el acuerdo, sino que deberá examinar, evaluar y realizar un análisis que comprenda el cumplimiento de los requisitos que contempla la ley, además y de forma primordial, que quienes concurran al acuerdo, hayan prestado su consentimiento en forma libre, y voluntaria con pleno conocimiento de sus derechos, y que efectivamente se está en presencia en el contexto de la imputación de un hecho punible, de los señalados en el artículo 2 en comento, inciso 6, del indicado Código Procesal, y de cualquier otra situación que directa o paralelamente tenga incidencia dentro de los fines que justifican la existencia de dicho convenio para su posterior homologación.

No obstante, lo señalado respecto al traslado necesario al despacho del señor Fiscal Provincial, en el presente caso, en atención a que, tanto el Fiscal Provincial de la Investigación Preparatoria y el Fiscal Superior se encuentran de acuerdo con el sobreseimiento, y además a, que el representante del Ministerio Publico es el que interpuso este recurso de casación, consideramos que por economía y celeridad proceso este trámite, debe entenderse cumplido.

En esta línea de ideas, queda claro que el imputado como la víctima, una vez promovida la acción penal, tienen legitimidad material como procesal para postular el sobreseimiento en base al acuerdo, porque de un Iado, el imputado pretende extinguir la responsabilidad penal, y del otro, la victima al recurrir al sistema de justicia criminal busca obtener algún tipo de reparación o compensación de los daños causados por el delito que ha sido objeto.

Esta posición reposa no solo en las consideraciones antes expuestas, sino también, en la habilitación legal contendida en el artículo 350, inciso d), respecto a que los sujetos procesales pueden peticionar el sobreseimiento del proceso. Distinta es la legitimidad para solicitar el sobreseimiento teniendo como presupuesto el retiro o desistimiento del ejercicio de la acción penal, respecto a

la cual, que duda cabe, que recae única y exclusivamente en el Representante del Ministerio Público.

Por todo lo cual se concluye, que la postura del procesado Cesar Vicente Horno Tirado, en postular de forma directa ante el Juez de la investigación preparatoria el acuerdo reparatorio es válido y acorde con la finalidad y naturaleza del mismo, sin que se le sea exigible una finalidad determinada, más que el consenso con la víctima de resarcirle el daño en la forma y el modo que ellos pacten, pues el pronunciamiento de retiro de las consecuencias jurídicas penales por el hecho delictivo corresponden tanto al Fiscal Provincial como al Juez encargado de resolver el pedido.

6. DE LOS MEDIOS TÉCNICOS DE DEFENSA

179

§179. Cuestión previa e identificación del imputado

Acuerdo Plenario	7-2006/CJ-116
Fecha	13 de octubre del 2006
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	San Martín Castro y Urbina Ganvini
Jueces Supremos	Salas Gamboa, Sivina Hurtado, Gonzáles Campos, San Martín Castro, Palacios Villar, Lecaros Cornejo, Molina Ordóñez, Barrientos Peña, Vega Vega y Príncipe Trujillo.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 3° de la Ley N° 27411 y 77° del ACPP.
Fundamentos jurídicos vinculantes	6° al 10°

RESUMEN:

La ausencia de la inscripción de una persona en el Regristo Nacional de Identificación y Estado Civil ***no significa que se haya incumplido el requisito de individualización del imputado a los fines del proceso penal****. De ahí que el artículo 3° de la Ley 27411 establezca como una exigencia no obligatoria para la inscripción y resolución de una ejecutoria judicial el Documento Nacional de Identidad a cargo de la RENIEC. Por lo tanto,* ***carece de sustento el planteamiento de una cuestión previa basada en el hecho exclusivo que el imputado no se encuentra inscrito en la RENIEC*** *o que no se ha consignado el número del Documento Nacional de Identidad.*

FUNDAMENTOS:

"6°. El artículo 77° del Código de Procedimientos Penales, modificado por la Ley número 28117, del 16.12.2003, estipula que para abrir instrucción, entre otros motivos, se requiere que se haya individualizado al presunto autor o partícipe de un delito concreto. Se trata, en estricto sentido procesal, de un requisito de admisibilidad de la promoción de la acción penal, cuyo incumplimiento constituye un motivo específico de inadmisión del procesamiento penal. La norma en referencia prescribe que, en esos casos, se devolverá la denuncia y los recaudos al Ministerio Público, tal como ha sido ratificado por la Resolución Administrativa número 081-2004-CE-PJ, del 29.4.2004.

7°. La individualización de imputado, por imperio, de los artículos 19° al 22° del Código Civil, importa que a la persona a quien se atribuye un hecho delictuoso determinado se la identifique con el nombre y sus apellidos, de los padres –si es hijo matrimonial- o progenitores que los hayan reconocido –si es hijo extramatrimonial- o adoptantes –si es adoptado-, según el caso. Cualquier determinación sobre el particular importa un problema probatorio que debe merecer la decisión judicial correspondiente en el modo y forma de ley. A los efectos de la inculpación penal, que da lugar a la primer resolución judicial de imputación, basta esa referencia completa para estimar cumplido el mencionado requisito de admisibilidad.

8°. El artículo 3° de la Ley número 27411, modificado por la Ley número 28121, del 16.12.2003, estipula que el mandato de detención dictado por el órgano jurisdiccional deberá contener, a efecto de individualizar al presunto autor, los siguientes datos obligatorios: ***1)*** Nombre y apellidos completos. ***2)*** Edad, ***3)*** Sexo, y ***4)*** Características físicas, talla y contextura [la policía que reciba la requisitoria u orden de captura en casos de omisión de uno de esos datos, está facultada a solicitar la correspondiente aclaración al órgano jurisdiccional].

Como se desprende de su texto, lo que se persigue con esa legislación es evitar los casos de homonimia –de quien tiene los mismos nombres y apellidos de quien se encuentre requisitoriado por la autoridad competente (artículo 2°, Ley número 27411)-, pero de ninguna manera introducir, a los efectos del procesamiento, un requisito de admisibilidad de la acción penal.

Desde luego, la identidad del requerido por la justicia penal está en función a la consiguiente requisitoria que la autoridad judicial ha de cursar a la

policía contra las personas a quien se ha dictado, legalmente por una u otra razón, mandato de detención.

Es evidente, entonces, que la debida identidad del requerido guarda relación con el presupuesto material de indicios de criminalidad –y las consiguientes situaciones procesales que puedan tener lugar en el curso del proceso penal- respecto a la persona a quien se atribuya ser autor o partícipe de un hecho punible, pero no necesariamente con la necesidad de individualización del imputado como requisito de admisibilidad de la promoción de acción penal. Ambos elementos si bien están relacionados entre sí no guardan correspondencia absoluta, porque para abrir instrucción sólo se requiere de una persona identificada con sus nombres y apellidos completos, y para dictar una requisitoria se necesita que el imputado, además de sus nombres y apellidos completos, registre en autos otros tres datos: edad, sexo, y características físicas, talla y contextura.

9°. Si bien la inscripción de una persona en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil prueba con suficiencia la existencia y la propia identificación de una persona, su ausencia –por lo demás, no extraña en nuestro país- no puede significar que se ha incumplido el requisito de individualización del imputado a los fines del procesamiento penal. La no inscripción de una persona ante la RENIEC es sólo un dato indiciario que el juez debe tomar en cuenta para la valoración general del procesamiento penal –y, en su caso, para la orden judicial de detención y la consiguiente requisitoria-, pero no constituye prueba privilegiada que acredita sin más que se trata de un individuo incierto o no individualizado. Ello es tan cierto que el propio artículo 3° de la citada Ley incorpora ese elemento: el Documento Nacional de Identidad, a cargo de la RENIEC, como una exigencia no obligatoria para la inscripción y ejecución de una requisitoria judicial.

10°. En tal virtud, si ***se plantea una cuestión previa basada en el hecho exclusivo que el imputado no se encuentra inscrito en la RENIEC*** o no se ha consignado el número del Documento Nacional de Identidad, ***tal planteamiento carece de sustancia o mérito procesal para acogerlo.*** De igual manera, el Juez Penal no podrá devolver la denuncia fiscal formalizada por ese sólo mérito al Fiscal Provincial.

Por lo expuesto, debe entenderse que cuando la Disposición General 5.3 de la Directiva número cero cero tres-2004-CE-PJ, aprobada por la referida Resolución Administrativa número 081-2004-CE-PJ, DEL

29.4.2004, establece que *"Si como consecuencia del pedido de aclaración, el Juez Penal o Mixto verifica la inexistencia de los datos de identidad personal señalados en el primer párrafo del presente acápite, procederá a resolver de oficio el incidente como cuestión previa, de conformidad con lo establecido por el artículo 4° del Código de Procedimientos Penales"*, ello sólo procederá cuando no se ha podido establecer, de los cuatro datos obligatorios del requerido, el referido al nombre y apellidos completos, o cuando se ha probado positiva e inconcusamente que la referencia a una persona que se identificó con esos nombres y apellidos completos es falsa o inexistente." (Sic.)

180

§180. Excepción de Improcedencia de Acción

Casación	581-2015 – PIURA
Fecha	05 de octubre de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodriguez Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Inc. 1, literal b del art. 6° del NCPP.

RESUMEN:

Cuando el hecho está descrito en la ley, pero la conducta adolece de algún elemento típico (los sujetos [activo y pasivo], la conducta [elementos descriptivos, normativos o subjetivos] y el objeto [jurídico o material]). Se deduce el medio técnico de defensa de excepción de improcedencia de acción, es decir, el tipo penal se configura, pero éste señala puntualmente aspectos a tener en cuenta por el juez penal, tales como las condiciones objetivas de punibilidad, excusas absolutorias, supuestos de inculpabilidad y otros, que deben necesariamente requerir de un pronunciamiento final y no limitados cortados en aplicación de una excepción.

FUNDAMENTOS

VIII. LA EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN

8.1: La excepción de improcedencia de acción es un medio técnico de defensa que otorga al justiciable la potestad de cuestionar preliminarmente la procedencia de la imputación ejercida en su contra, cuando el **hecho denunciado no constituye delito** o **no es justiciable penalmente**; ello en virtud a la exigencia

del principio de legalidad, conforme lo prevé el artículo 6°, inciso 1, literal b, del Código Procesal Penal.

8.2: Asimismo, se tiene que *"(...) en el proceso formalmente iniciado las partes pueden haber uso de los medios de defensa técnico para evitar un proceso en el que no se haya verificado los presupuestos esenciales de imputación. Piénsese, por ejemplo en la declaración de atipicidad a través de a excepción de improcedencia de acción (...)"* cuyo fin es atacar la potestad represiva del Estado y evitar la prosecución del supuesto delito que se investiga.

8.3: En cuanto al primer supuesto, referido a cuando el hecho denunciado "no constituye delito", se tiene que la teoría general del delito parte del derecho penal positivo, conforme al artículo 11° del Código Penal de 1991: *"Son delitos y faltas la acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley"*. Dicho concepto formal nada dice sobre los elementos que debe contener toda conducta sancionada por la ley con una pena. Por lo que, se recurre a la doctrina penal, a fin de establecer que la teoría jurídica del delito es una teoría de la atribución de responsabilidad penal, esto es, un instrumento conceptual que nos permite determinar jurídicamente si determinado hecho tiene la consideración de delito y merece, en consecuencia, la imposición de una sanción penal. Se trata, entonces, de una elaboración de la dogmática jurídico-penal, con base en el derecho positivo, por exigencia explícita del principio de legalidad penal, que ha ido evolucionando en el decurso del tiempo y que permite una aplicación racional de la ley, a través de un sistema conceptual unitario. Con ello, el ciudadano gana en seguridad jurídica en la medida que posibilita una jurisprudencia más racional, predecible y unitaria en la interpretación y aplicación práctica de la ley penal.

8.4: En alusión a que el hecho denunciado no constituye delito, la atipicidad presenta determinados supuestos que "comprende dos extremos: 1) la conducta incriminada no esté prevista como delito en el ordenamiento jurídico penal vigente, es decir, la conducta realizada no concuerda con ninguna de las legalmente descritas, no es una falta de adecuación a un tipo existente, sino la ausencia absoluta del tipo, estamos ante un caso de atipicidad absoluta por falta de adecuación directa; y, 2) el suceso no se adecue a la hipótesis típica de la disposición penal preexistente invocada en la investigación o acusación, esto es, cuando el hecho está descrito en la ley, pero la conducta adolece de algún elemento allí exigido, se plantea frente a la ausencia de cualquier elemento del tipo: sujetos -activo y pasivo-, conducta -elementos descriptivos, normativos o subjetivos- y objeto -jurídico o material-, estamos ante un caso de atipicidad relativa por falta de adecuación indirecta".

8.5: El segundo supuesto, referido a **cuando el hecho denunciado no es justiciable penalmente,** entiende que toda relación jurídica que requiera una intervención y solución judicial mediante la aplicación del derecho es justiciable, y todo acto delictuoso es justiciable penalmente.

Sobre la base de dicha afirmación, se puede llegar a otro razonamiento: la conducta merece ser justiciable pero no penalmente; no se requiere la intervención del juez penal para su solución, es decir, es justiciable pero en otra vía distinta a la penal, pues la argumentación se reduce a la ausencia de tipicidad en la conducta que se ha calificado de delictiva.

8.6: Asimismo, se insiste en que el tipo penal se configura, pero éste señala puntualmente aspectos a tener en cuenta por el juez penal, tales como las condiciones objetivas de punibilidad, excusas absolutorias, supuestos de inculpabilidad y otros, que deben necesariamente requerir de un pronunciamiento final y no limitados cortados en aplicación de una excepción. Por ejemplo: lo señalado en el artículo 208° del Código Penal, referido a los delitos de hurto, apropiaciones, defraudaciones o daños que se causen entre cónyuges, concubinos, ascendientes, etcétera, nos son reprimibles; así, quien hurta un televisor de su casa, perteneces a él y a su esposa, no es reprimible penalmente.

181

§181. Excepción de Improcedencia de Acción

Casación	407-2015 – TACNA
Fecha	07 de julio de 2016
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 6 del NCPP

RESUMEN:

La excepción de improcedencia de acción se concreta en el juicio de subsunción normativa del hecho atribuido a un injusto penal o punibilidad.

El juicio procesal de la responsabilidad penal, no corresponde ser examinados en una excepción de improcedencia de acción.

FUNDAMENTOS:

QUINTO: Que, ahora bien, es obvio que para deducir una excepción de improcedencia de acción se debe partir de los hechos descritos en la Disposición Fiscal de Formalización de la Investigación Preparatoria. A su vez, el juez, al evaluar dicha excepción, solo debe tener en cuenta los hechos incorporados por el fiscal en el acto de imputación pertinente.

En efecto, la excepción de improcedencia de acción se concreta, por su propia configuración procesal, en el juicio de subsunción normativa del hecho atribuido a un injusto penal o a la punibilidad, en tanto categorías del delito, distintas de la culpabilidad –tanto como juicio de imputación personal cuanto como ámbito del examen de su correlación con la realidad- [Recurso de Nulidad

número seiscientos veintiocho guion dos mil trece diagonal Cusco. De cuatro de octubre de dos mil trece].

SEXTO: Que, analizando el caso concreto, resulta evidente que, conforme lo expresado en el fundamento segundo de esta Ejecutoria Suprema, el Tribunal de Apelaciones realizó una valoración del material instructivo para definir los hechos y su mérito, pues sobre esa base estimó si es dable, desde las máxima de la experiencia, inferir tanto el conocimiento de la procedencia delictiva de los bienes incautados cuanto una vinculación a nivel de organización delictiva entre el imputado y el remitente de los paquetes cuestionados. Realizó, pues, una inferencia probatoria en un momento procesal inoportuno.

En virtud de lo procedentemente expuesto, es pertinente concluir que los hechos –sin ingresar a realizar una valoración de los materiales instructorios-, como ha quedado expresado, constituyen en principio delitos de receptación y de asociación ilícita para delinquir. La valoración de los actos de aportación de hechos, por estar referidos al juicio procesal de la responsabilidad penal, no corresponde ser examinados en una excepción de improcedencia de acción.

182

§182. La excepción de naturaleza de acción: Suficientes elementos de cargo

Recurso de Nulidad	2868-2014-LIMA
Fecha	27 de diciembre de 2016
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	San Martín Castro
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo.

RESUMEN:

La excepción de naturaleza de acción, se circunscribe, desde la acusación fiscal, que define el objeto procesal, a que el hecho acusado no es típico, no es antijurídico o no es punible —ausencia de una condición objetiva de punibilidad o presencia de una causa personal de exclusión de pena o excusa absolutoria.

La presencia de un dato adicional, distinto o alternativo, así como la desestimación de algún dato fáctico enunciado en la acusación, enervando de este modo la relevancia delictiva del hecho, en todo caso, dará lugar a una sentencia absolutoria, pero no a la estimación de la excepción de naturaleza de acción.

FUNDAMENTOS:

2. De la excepción de naturaleza de acción

SEXTO: Que los argumentos del Tribunal Superior para estimar la excepción de naturaleza de acción por el delito de lavado de activos son los siguientes:

1º. Luis Alejandro Lagos Lizarbe fue absuelto por el delito de tráfico ilícito de drogas, por lo que no existiría delito fuente y, tampoco, delito de lavado de activos. El dinero o bienes cuestionados debe

tener un origen ilícito, lo que no es de recibo en este caso porque el imputado fue absuelto. Además, los hechos imputados como delito previo datan del veintiuno de octubre del dos mil siete —no de otras fechas—, y la acusación no menciona datos y circunstancias de la intervención en el delito de tráfico ilícito de drogas. Las requisitorias por tráfico ilícito de drogas están referidas al año mil novecientos noventa y tres, pero los actos de conversión habrían ocurrido entre mil novecientos noventa y cinco y el veintidós de julio del dos mil siete, por lo que resultan atípicos: bajo la vigencia del artículo doscientos noventa y seis guión A del Código Penal aún no se había aceptado, doctrinaria y jurisprudencialmente el 'auto-lavado'. Sobre la transferencia del inmueble ubicado en la calle Hera número doscientos seis y el vehículo de placa de rodaje número BGS guión ochocientos cuarenta y dos se realizaron entre el dos mil cuatro y el dos mil siete, siendo más próximos al delito fuente de tráfico ilícito de drogas del veintiuno de octubre del dos mil siete, del cual se generó un proceso en el que Lagos Lizarbe fue absuelto.

2º. Lizarbe Sulca, Choque Gómez y Ortiz Ochoa no estaban en condiciones de conocer o sospechar el origen delictivo de los activos de mil novecientos noventa y cinco al dos mil. La fiscalía no explicó cómo se llevó a cabo ese conocimiento o sospecha, ni siquiera tiene claro los hechos, luego, falta la tipicidad subjetiva del hecho imputado. Tampoco se cumple el elemento objetivo del tipo legal porque se absolvió del delito de tráfico ilícito de drogas a Luis Alejandro Lagos Lizarbe.

3º. No se mencionan argumentos específicos respecto de Fortunato Lagos Lizarbe y Diego Armando Choque Lizarbe. En relación a Vidalón Orellana, Vera Meneses.

4º. Vidalón Cárdenas y Vera Meneses, como se absolvió del delito de tráfico ilícito de drogas a Luis Alejandro Lagos Lizarbe no existe delito de lavado de activos.

SÉTIMO: Que el señor fiscal supremo, sobre este punto, acotó que las transacciones atribuidas a los encausados antes mencionados son atípicas por ausencia del elemento objetivo al haberse absuelto al agente por delito de tráfico de drogas (delito fuente). La acusación se centra en la incautación de droga el día veintiuno de octubre del dos mil siete, causa en la cual se absolvió a Luis Alejandro Lagos Lizarbe. No es posible asegurar que sus bienes los adquirió con dinero ilícito

que trata de ocultar. Además, las circunstancias de las transacciones realizadas no se podrían calificar como irregulares desde una perspectiva financiera y comercial. Estas no indican en el fondo la intención de ocultar o encubrir objetos materiales del delito.

OCTAVO: Que ahora bien la excepción de naturaleza de acción, como es línea jurisprudencial constante de este Supremo Tribunal, se circunscribe, desde la acusación fiscal, que define el objeto procesal, a que el hecho acusado no es típico, no es antijurídico o no es punible —ausencia de una condición objetiva de punibilidad o presencia de una causa personal de exclusión de pena o excusa absolutoria—.

Esta ausencia de objeto se define desde los términos de la propia acusación, sin que sea posible negar —total o parcialmente—, variar o recortar los cargos, en suma, cuestionar de algún modo la realidad de los hechos acusados. El imputado se limita, en esta específica posición respecto de la acusación, dado los hechos que se le atribuyen, a controvertir su relevancia jurídico penal en cualquiera de los tres ámbitos anteriormente establecidos. La presencia de un dato adicional, distinto o alternativo, así como la desestimación de algún dato fáctico enunciado en la acusación, enervando de este modo la relevancia delictiva del hecho, en todo caso, dará lugar a una sentencia absolutoria, pero no a la estimación de la excepción de naturaleza de acción. (...)

7. DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

183

§183. Aplicación de la prórroga del plazo de la investigación preparatoria bajo los alcances de la Ley N° 30077

Casación	309-2015-LIMA
Fecha	29 de marzo de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Neyra Flores.
Jueces Supremos	Villa Stein, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Príncipe Trujillo, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 427 del NCPP
Fundamentos jurídicos vinculantes	12°, 20° y 23°

RESUMEN:

La invocación del inciso dos del artículo trescientos cuarenta y dos del Código Procesal Penal, conforme a la modificaciones incorporadas por la ley número treinta mil setenta y siete, crimen organizado, vigente desde el uno de julio de dos mil catorce, en un proceso en trámite, tiene sustento en el principio previsto en el inciso uno del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal que establece la aplicación inmediata de la ley que rige al tiempo de la actuación procesal. La interpretación de este principio permite concluir que el plazo ordinario de ocho meses primigeniamente establecido para la investigación preparatoria no puede ser adecuado a la citada modificatoria, pues es un plazo empezado o en giro; pero sí con la prórroga de plazo de investigación preparatoria, que es una institución autónoma, con su propio estatuto y que constituye un nuevo acto procesal, por lo que no se da ningún supuesto de excepción a la aplicación inmediata de la ley procesal, prevista en la segunda parte del inciso uno

del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, porque cuando se solicita tal prórroga, ya estaba vigente la ley número treinta mil setenta y siete, primero de julio de dos mil catorce, por lo que, debe ser aplicada.

FUNADAMENTOS:

DÉCIMO SEGUNDO: Para fijar el plazo de investigación preparatoria se debe tomar en cuenta: i) Gravedad y clase o naturaleza del delito imputado; ii) Características del hecho objeto de investigación; iii) Dificultad y rigor de los actos de investigación pertinentes y útiles para su necesario esclarecimiento; vi) Actitud del fiscal y del encausado, esto es diligencia del investigador y maniobras obstruccionistas del encausado; mientras que la prórroga del plazo de investigación preparatoria, tiene que ver con las dificultades de las investigaciones como sería la demora en la realización de determinado acto de investigación. La prórroga requiere de una disposición fiscal; es decir es un acto procesal. En ese sentido la disposición fiscal con la que inicia el plazo de investigación constituye un acto procesal, y el requerimiento de prórroga del plazo de investigación, otro; pues, no es de aplicación automática ni de oficio, sino que necesita ser postulado por el Fiscal al Juez de la investigación preparatoria que debe someterlo a audiencia con la defensa del imputado; en consecuencia, son actos procesales con criterios autónomos propios desplegados por las partes y el órgano jurisdiccional.

VIGÉSIMO: En consecuencia, la invocación del inciso dos del artículo trescientos cuarenta y dos del Código Procesal Penal, conforme a la modificaciones incorporadas por la ley número treinta mil setenta y siete, crimen organizado, vigente desde el uno de julio de dos mil catorce, en un proceso en trámite, tiene sustento en el principio previsto en el inciso uno del articulo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, que establece la aplicación inmediata de la ley que rige al tiempo de la actuación procesal.

La interpretación de este principio permite concluir que el plazo ordinario de ocho meses primigeniamente establecido para la investigación preparatoria no puede ser adecuado a la citada modificatoria, pues es un plazo empezado o en giro; pero sí con la prórroga de plazo de investigación preparatoria, que es una institución autónoma, con su propio estatuto y que constituye un nuevo acto procesal, por lo que no se da ningún supuesto de excepción a la aplicación inmediata de la ley procesal, prevista en la segunda parte del inciso uno del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, porque cuando se solicita tal prórroga, ya estaba vigente la ley número treinta mi setenta y siete, primero de julio de dos mil catorce, por lo que debe ser aplicada.

VIGÉSIMO TERCERO: En consecuencia, el requerimiento de la prórroga del plazo de investigación preparatoria, debe realizarse bajo un control judicial en audiencia donde ejerzan contradicción los defensores de los imputados, de su fundamentación fáctica y jurídica y de las actuaciones del Ministerio Público, que debe ser conforme a lo establecido por las sentencias del Tribunal Constitucional, indicadas en el considerando vigésimo segundo, rubro II, Fundamentos de Derecho, sustentado en la garantía y el pleno respeto del derecho fundamental al debido proceso y sus diversas manifestaciones, como es el plazo razonable.

184

§184. Tutela de derechos: Imposibilidad del órgano jurisdiccional para incorporar nuevos derechos que puedan ser objeto de tutela

Casación	136-2013-TACNA
Fecha	11 de junio de 2014
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Cevallos Vegas.
Jueces Supremos	Villa Stein, Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Neyra Flores, Cevallos Vegas.
Disposiciones estudiadas	Art. 71° del NCPP.
Fundamentos jurídicos vinculantes	3.4°, 3.6°, 3.10 ° y 3.11°

RESUMEN:

Los órganos jurisdiccionales no pueden incorporar nuevos supuestos de procedencia, al dejar abierta la posibilidad de que se haga un uso abusivo, ilegítimo, se desnaturalice la figura de tutela y se permita al órgano jurisdiccional un control total tanto de las actuaciones de la Policía como del Ministerio Público.

FUNDAMENTOS:

Sobre la tutela de derechos

3.2. El inciso 1 del artículo 71 del Código Procesal Penal de 2004, reconoce la posibilidad que tiene el imputado de hacer valer sus derechos reconocidos por la Constitución de motu propio o a través de su abogado defensor; asimismo, el inciso 2 de la misma disposición, reconoce taxativamente derechos procesales del imputado, los cuales deben ser comunicados de manera inmediata y comprensible cuando exista una imputación penal en su contra. De igual forma, el inciso 4

establece que: "(...) cuando el imputado considere que durante las diligencias preliminares o en la investigación preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al juez de la investigación preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan. La solicitud del imputado se resolverá inmediatamente, previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes".

3.3. La audiencia de tutela de derechos tiene por finalidad: "(...) la protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del imputado reconocidos por la Constitución y las leyes. Desde esta perspectiva, el juez de la investigación preparatoria se erige en un juez de garantías durante las diligencias preliminares y la investigación preparatoria **ejerciendo su función de control de los derechos ante la alegación del imputado de que se ha producido la vulneración de uno o varios de sus derechos reconocidos específicamente en el artículo 71 del NCPP,** responsabilizando al fiscal o a la Policía del agravio. En otras palabras, su finalidad esencial consiste en que el juez determine, desde la instancia y actuación de las partes, la vulneración al derecho o garantía constitucional prevista en la citada norma y realice un acto procesal dictando una medida de tutela correctiva –que ponga fin al agravio–, reparadora –que lo repare, por ejemplo, subsanando una omisión– o protectora" [132].

3.4. La tutela de derechos como institución procesal tiene una finalidad protectora del imputado, quien en su calidad de parte acusada se ve sometido al aparato estatal durante la investigación del delito a cargo de la Policía Nacional del Perú y el Ministerio Público, que por el especial papel que desempeñan en la lucha contra la criminalidad, en ciertos casos, incurren en excesos o negligencias, las cuales no pueden adjudicarse gratuitamente al procesado, por ello, el legislador ha establecido esta institución procesal, para que sea el juez quien controle estas falencias en el propio aparato estatal. No obstante, no toda afectación se puede reclamar a través de la audiencia de tutela de derechos, por cuanto, al ser una institución procesal, el legislador y la jurisprudencia han establecido mecanismos específicos para determinados actos (v. gr. el exceso de plazo en la investigación se discute a través del control de plazos). Esta Corte Suprema a través de los Acuerdos Plenarios N° 04-2010-CJ-116 y N° 02- 2012-CJ-116 de las Salas

---

[132] Acuerdo Plenario Penal N°04-2010/CJ-116, de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, fundamento jurídico 11.

Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, ha desarrollado la institución de la tutela de derechos, habiéndose establecido como derechos legitimados para ser recurridos en vía de tutela los establecidos en el artículo 71 del Código Procesal Penal de 2004, constituyendo esta una lista cerrada de derechos.

3.5. Se verifica de autos que la pretensión de la solicitud de tutela de derechos fue la ejecución de la decisión judicial que disponía la no confirmación de la incautación, siendo ello así, se reclamaba la imposibilidad del Juzgado de Investigación Preparatoria de ejecutar dicha resolución, pretensión a la cual accedió la Sala de Apelaciones en vía de tutela de derecho, haciendo la salvedad que, pese a no estar dentro de los derechos tutelados a través de esta institución, se declaraba fundada la solicitud atendiendo al tiempo excesivo que los bienes se encontraban incautados pese a que la incautación no fue confirmada judicialmente.

3.6. Siendo que con anterioridad ya se ha determinado qué derechos pueden ser objeto de tutela, el derecho de ejecución de las resoluciones judiciales (comprendido dentro de la tutela procesal efectiva) no ha sido considerado dentro de dicho listado cerrado, por lo cual discrecionalmente **los órganos jurisdiccionales no puede incorporar nuevos supuestos de procedencia, al dejar abierta la posibilidad de que se haga un uso abusivo, ilegítimo, se desnaturalice la figura de tutela y se permita al órgano jurisdiccional un control total tanto de las actuaciones de la Policía como del Ministerio Público.**

3.7. En ese sentido, el recurso debe ser declarado fundado, por cuanto el derecho que se ha pretendido tutelar no se encuentra dentro de los previstos para la procedencia de esta institución jurídica, debiéndose reiterar que solo pueden ser objeto de tutela las afectaciones a los derechos comprendidos en el artículo 71 del Código Procesal Penal.

185

§185. Improcedencia de la prórroga de la investigación preliminar luego de vencido el plazo

Casación	134-2012-ANCASH
Fecha	13 de agosto de 2013
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Tello Gilardi.
Jueces Supremos	Villa Stein, Pariona Pastrana, Neyra Flores, Morales Parraguez.
Disposiciones estudiadas	Art. 144° inciso 1 del NCPP
Fundamentos jurídicos vinculantes	2° considerando

RESUMEN:

Frente al vencimiento del término para llevar a cabo una determinada actuación procesal a cargo del Ministerio Público -en su condición de titular de la acción penal y director de la investigación- no corresponde el amparo de solicitudes de prórroga del mismo. Menos aún, que en tal circunstancia de conclusión del plazo, recién se pretenda la calificación del caso, como complejo.

FUNDAMENTOS:

PRIMERO: Que, desarrollando la argumentación en relación al punto **a) determinar si la caducidad es aplicable en el control de plazo de la investigación preliminar**; se tiene en consideración:

Que, el artículo 159° de la Constitución Política del Perú, establece las atribuciones y funciones que se le confiere al Ministerio Público. Ente estas, la titularidad de la Acción Penal, esto es, el ejercicio de la acción penal de oficio o a petición de parte y la conducción de la investigación del delito, desde su inicio. Por su lado, la Ley Orgánica del Ministerio Público, señala en el artículo 11°, que

dicha institución es la titular de la acción penal pública, la que ejercita de oficio, a instancia de la parte agraviada o por acción popular. Así mismo, en el artículo 3° indica, que el Ministerio Público vigila e interviene en la investigación del delito desde la etapa policial. De igual forma, el inciso 1) del artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal establece que *"El Ministerio Público es el titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio (...)".*

Por ello, mediante Sentencia Casatoria N|54-2009 del veinte de julio de dos mil diez, se ha establecido como doctrina jurisprudencial vinculante respecto a aquellas actividades relacionadas al ejercicio de la acción penal -en caso de fiscales- y para expedir resoluciones -en caso de jueces., que no pueden ser sancionados con la caducidad del plazo establecido por ley, para emitir su dictamen o resolución, pues ello importaría la vulneración de las normas constitucionales y legales citadas.

En concordancia, la norma establecida en el artículo 144° del Código Procesal Penal, en el caso de la actividad del fiscal, no permite que se declare la caducidad del ejercicio de la acusación por vencimiento del plazo. Ello, está en estrecha relación con las funciones que la Constitución le asigna al Misterio Público, de manera exclusiva y excluyente.

De allí, que el apartado 1) del artículo 144° del Código Procesal Penal, cuando señala que el vencimiento de un plazo máximo implica la caducidad de lo que se pudo o debió hacer, debe ser interpretada de manera sistemática y a la luz de las disposiciones constitucionales y legales citadas, y que han sido recogidas en la jurisprudencia vinculante que se invoca.

SEGUNDO: En cuanto al punto **b) Determinar si la prórroga de la investigación preliminar procede efectuarla vencida el plazo por el Ministerio Público,** debe considerarse:

Que, el artículo 144° inciso 1) del Código adjetivo antes citado, señala que los plazos solo pueden ser prorrogadas cuando la ley lo permita. Esto significa, que de ningún modo, cabe la habilitación judicial del plazo, cuando ello no esté contemplado expresamente.

De allí, que frente al vencimiento del término para llevar a cabo una determinada actuación procesal a cargo del Ministerio Público -en su condición de titular de la acción penal y director de la investigación- no corresponda el amparo de solicitudes de prórroga del mismo. Menos aún, que en tal circunstancia de conclusión del plazo, recién se pretenda la calificación del caso, como complejo. Así mismo, en aplicación del principio de la preclusión procesal.

En tal supuesto, corresponde continuar con el normal desarrollo de las siguientes etapas del proceso. Así, en el caso, del vencimiento del plazo de la investigación preliminar, el Ministerio Público, debe proceder con el requerimiento fiscal, acusatorio o de sobreseimiento.

TERCERO: Respecto al punto **c) Determinar si en plazo de la investigación preliminares de ocho meses cuando es de naturaleza compleja,** debe considerarse:

Que, en atención a los criterios recogidos en la jurisprudencia nacional y del Tribunal Constitucional, Mediante Sentencia Casatoria N°144-2012, de fecha once de julio de dos mil trece, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, ha establecido como doctrina jurisprudencial, que tratándose de investigaciones complejas, el plazo máximo para llevar a cabo las diligencias preliminares, es de ocho meses. De allí, que este extremo, no requiere de un pronunciamiento adicional.

186

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

Casación	144-2012-ANCASH
Fecha	11 de julio del 2013
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Jueces Supremos	Villa Stein, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Tello Gilardi y Príncipe Trujillo
Disposiciones Estudiadas	Arts. 146º, 334°.2 y 342° del NCPP.
Fundamentos jurídicos vinculantes	Arts. 442º y 146º del NCPP.

RESUMEN:

ESTABLECIERON: de conformidad con lo previsto en el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, como doctrina jurisprudencial, que: ***"tratándose de investigaciones complejas, el plazo máximo para llevar a cabo las diligencias preliminares es de ocho meses" (Apartado II).***

FUNDAMENTOS:

DÉCIMO: Que, así las cosas, y teniendo en cuenta las pautas instauradas en la jurisprudencia nacional, especialmente a través de la Casación número dos - dos mil ocho, que prescribe, que la fase de diligencias preliminares no puede ser mayor que el plazo máximo de la investigación preparatoria regulada en el artículo trescientos cuarenta y dos del Código Procesal Penal, esto es, de ocho meses; y en aplicación del artículo trescientos treinta y cuatro inciso dos, en concordancia con el artículo ciento cuarenta y seis del citado Código, debe entenderse que este es el mismo plazo razonable para que la Fiscalía disponga la ejecución de diligencias a nivel preliminar; por lo que, se debe establecer como doctrina

jurisprudencial que: "tratándose de investigaciones complejas, el plazo máximo para llevar a cabo las diligencias preliminares es de ocho meses"; considerándose proceso complejo, cuando:

a) requiera la actuación de una cantidad significativa de actos de investigación; b) comprenda la investigación de numerosos delitos; c) involucra una cantidad importante de imputados o agraviados; d) investiga delitos perpetrados por imputados integrantes o colaboradores de bandas u organizaciones delictivas; e) demanda la realización de pericias que comportan la revisión de una nutrida documentación o de complicados análisis técnicos; f) necesita realizar gestiones de carácter procesal fuera del país; o, g) deba revisar la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado.

187

§187. Control de plazo de las Diligencias Preliminares

Casación	66-2010-PUNO
Fecha	26 de abril del 2011
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodriguez Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores y Calderón Castillo.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 3°, 330° y 334°.2 del NCPP
Fundamentos jurídicos vinculantes	(Apartado III).

RESUMEN:

Se tiene que saber que los plazos para las diligencias preliminares son contabilizados desde la consideración de los días naturales y no de los hábiles.

FUNDAMENTOS:

I. Del ámbito de la casación:

PRIMERO: Como se estableció mediante Ejecutoria Suprema de fecha veintiséis de octubre de dos mil diez, de fojas catorce -del cuaderno de casación-, el motivo del recurso de casación se centra en el desarrollo de una doctrina jurisprudencial relativo a que según lo alegado por el encausado, el inicio del cómputo establecido en el artículo trescientos treinta y cuatro numeral dos del Código adjetivo, debe efectuarse desde que el Fiscal tiene conocimiento del hecho punible.

SEGUNDO: Que, las diligencias preliminares constituyen una etapa pre-jurisdiccional del proceso penal, por cuanto el Fiscal está autorizado para reunir los elementos probatorios para formalizar la investigación, y por ende elabore su

estrategia acusatoria o desestime la denuncia, cuyo plazo es de breve investigación, realizada de forma unilateral y reservada.

TERCERO: Que, el artículo trescientos treinta de la ley procesal penal, establece que las diligencias preliminares tienen como finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables; asegurar los elementos materiales que se utilizaron para su comisión e individualizar a las personas involucradas y a los agraviados.

CUARTO: Asimismo, el inciso segundo del artículo trescientos treinta y cuatro del Código Procesal Penal establece que el plazo de las diligencias preliminares, conforme el artículo tercero del mismo cuerpo de leyes, es de veinte días, salvo que se produzca la detención de una persona. No obstante ello, el Fiscal podrá fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación. Que, el plazo de veinte días le corresponde a la fase de diligencias preliminares: la cual no forma parte del plazo que se señala para la segunda fase denominada de la investigación preparatoria; esto es porque cada una de ellas persigue una finalidad distinta: pues, las diligencias preliminares son para concluir si se formaliza o no denuncia; siendo así, si el Fiscal se excede del plazo en las diligencias preliminares, se somete a un tipo de control. De otro lado, quien se considere afectado por una excesiva duración de las diligencias preliminares, solicitará al Fiscal le dé término y dicte la disposición que corresponda; a fin de no afectar el derecho al plazo razonable que constituye una garantía fundamental integrante del debido proceso.

QUINTO: Que, la regla para el cómputo del plazo, se encuentra regulado en el artículo ciento ochenta y tres del Código Civil, que establece que se computará conforme al calendario gregoriano, estableciéndose en su inciso primero que el plazo señalado por días se computará por días naturales, salvo que la ley o el acto jurídico establezca que se haga por días hábiles.

SEXTO: Que, el considerando décimo primero de la resolución casatoria número cero dos guión dos mil ocho, pronunciado el tres de junio de dos mil ocho, estableció que el plazo para las diligencias preliminares son de veinte días naturales.

SÉTIMO: Que, el cómputo de plazo de las diligencias preliminares se inicia a partir de la fecha en que el Fiscal tiene conocimiento del hecho punible, y no desde la comunicación al encausado de la denuncia formulada en su contra.

OCTAVO: Que, la Policía Nacional del Perú remitió el informe Policial número cero dos guión dos mil nueve guión XII guión DTP guión DPH guión C guión PNP guión H guión SIAT, a la Fiscalía Provincial de Huancané, con las actuaciones realizadas por dicha dependencia con intervención del Fiscal Provincial

adjunto, por el hecho ocurrido el día cuatro de octubre de dos mil nueve, relativo al accidente de tránsito, informe que fue recepcionado el dieciocho de noviembre de dos mil nueve, tal como se aprecia de fojas cincuenta y nueve, por lo que desde esa fecha debe computarse el plazo para la investigación preliminar.

NOVENO: Que, el Fiscal Provincial de Huancané al emitir el oficio de fojas cien, su fecha veintinueve de octubre de dos mil nueve, por el cual concede al Jefe de la Comisaría Sectorial de Huancané el plazo de quince días hábiles para que realice la investigación preliminar, no da cabal cumplimiento a lo dispuesto en el considerando décimo primero de la Casación número dos guión dos mil ocho, que estableció que los días son naturales, tanto más que dispuso la realización de la declaración del imputado Cristóbal Mamani Gutiérrez -véase fojas noventa y nueve-, con participación del representante del Ministerio Público, lo cual era repetitivo; toda vez que, dicha persona había depuesto el dieciocho de octubre de dos mil nueve, con intervención del Fiscal Provincial Adjunto y de su abogado defensor, tal como se observa de fojas sesenta y dos, así como al contar con todos los elementos vinculatorios con la noticia criminal, tales como son: Declaraciones, informe médico, certificado de defunción en copia xerográfica, la historia clínica del agraviado -véase anexo a la denuncia de fojas sesenta vuelta-, pudo haber formalizado la investigación preparatoria; toda vez que, lo dispuesto por su Fiscalía era una repetición de actos que constaban en el informe Policial, atentando con ello la celeridad que impone el Código Procesal Penal.

DÉCIMO: En consecuencia, a la fecha en que se solicitó el control del plazo; esto es, el día treinta de noviembre de dos mil nueve -véase escrito de fojas uno-, había sobrepasado el plazo establecido en el artículo trescientos cuarenta y dos. Que, si bien obra la disposición número dos guión dos mil nueve guión MP guión FPP guión H, de fecha veinte de noviembre de dos mil nueve, de fojas sesenta y uno, mediante la cual el representante del Ministerio

Público dispone considerar aplicable el principio de oportunidad en el presente caso, citando al implicado Mamani Gutiérrez para el día dos de diciembre de dos mil nueve: sin embargo, ello no obsta que el plazo de las diligencias preliminares venció con fecha veintiséis de noviembre de dos mil nueve.

188

§188. Los plazos de la investigación preparatoria

Casación	02-2008-LA LIBERTAD
Fecha	03 de junio de 2008
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Jueces Supremos	Sivina Hurtado, Ponce de Mier, Pariona Pastrana, Zecenarro Mateus y Urbina Ganvini.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 334º, 337ºy 342ºdel NCPP

RESUMEN:

La etapa de investigación preparatoria presenta dos sub etapas: la correspondiente a las diligencias preliminares y la referida a la investigación preparatoria propiamente dicha. ***El plazo para las diligencias preliminares es de 20 días naturales de forma regular, mas es posible que se le conceda al Fiscal la posibilidad de fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación****. No obstante,* ***ese plazo no podrá exceder de los 120 días que de forma regular están destinados a la etapa de investigación preparatoria****.*

Las diligencias preliminares practicadas durante la investigación preliminar forman parte de la investigación preparatoria por existir unidad de prueba, unidad de investigación y unidad de investigador.

FUNDAMENTOS:

"***SÉTIMO:*** Que en ese sentido, es preciso señalar lo siguiente: ***a)*** Que el inciso segundo del art. 337 del CPP, establece que las diligencias preliminares forman parte de la investigación preparatoria y esta a su vez tiene un plazo de 120 días naturales, prorrogables por única vez hasta por un máximo de 60 días naturales, conforme a lo estatuido por el inciso 1 del numeral 342 del mismo

cuerpo de leyes, ello debe aplicarse en concordancia con lo dispuesto por el inc. segundo del numeral 334 que prescribe, que el plazo de las diligencias preliminares, es de 20 días y que no obstante ello el fiscal podrá fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos; ***b)*** En ese orden de ideas, la etapa de investigación preparatoria, presenta a su vez dos sub etapas: la primera correspondiente a las diligencias preliminares y la segunda que corresponde a la investigación preparatoria propiamente dicha. En ese contexto, la fase de diligencias preliminares tiene un plazo distinto, el mismo que está sujeto a control conforme dispone el inc. segundo del numeral 144 del CPP, control que tiene fundamental importancia para una tramitación adecuada y eficiente proceso.

(...)

DÉCIMO SEGUNDO: Es necesario precisar que si bien los plazos referidos son distintos, es fundamental establecer que el plazo de las denominadas diligencias preliminares y fundamentalmente el plazo adicional al de los 20 días que el Art. 334 le autoriza al fiscal en casos que por sus características revistan complejidad, no debe ser uno ilimitado y si bien es cierto en este extremo la norma no se precisa de manera cuantitativa cual es su limite temporal, también es verdad que ello no puede afectar el ***derecho al plazo razonable*** que constituye una garantía fundamental integrante del debido proceso, que por lo demás deben entenderse como excepcionales, ponderándose el plazo máximo de duración atendiendo a criterios de orden cualitativos conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad."

189

§189. Diligencias preliminares en crimen organizado: alcances, plazo y ampliaciones

Casación	599-2018-LIMA
Fecha	1 de octubre de 2018
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Barrios Alvarado.
Jueces Supremos	Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Sequeiros Vargas, Chávez Mella, Bermejo Ríos.
Disposiciones estudiadas	Ley Nº 27765 de Lavado de activos.

RESUMEN:

i) En las investigaciones por crimen organizado se debe realizar una interpretación sistemática y teleológica de los incisos uno y dos del artículo trescientos treinta del Código Procesal Penal. El carácter de urgente e inaplazable no está vinculado, en estricto, al factor tiempo. ii) En lógicas complejas de crimen organizado, las investigaciones deben llevarse a cabo en un plazo razonable que, como límite y de manera excepcional, no puede exceder el plazo ordinario de investigación preparatoria, atendiendo a su gravedad, complejidad y necesidad de especiales técnicas de investigación. iii) Es posible ampliar el plazo de las diligencias preliminares, aun cuando el plazo se encuentre vencido, dentro del previsto como plazo máximo. En tal supuesto, el fiscal será pasible de sanción disciplinaria.

FUNDAMENTOS:

PRIMERO. EL ALCANCE DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES EN CRIMEN ORGANIZADO (ARTÍCULO TRESCIENTOS TREINTA, APARTADOS UNO Y DOS, DEL CPP).

1. 1. El Ministerio Público conforme al artículo ciento cincuenta y nueve, incisos cuatro y cinco, de la Constitución Política del Estado tiene como facultad funcional la de conducir o dirigir, desde su inicio, la investigación del delito, así como la de ejercitar la acción penal; tal facultad discrecional ancla su actuación funcional a principios y valores constitucionales. De ahí que su ejercicio debe decantar por la observancia y pleno respeto de los derechos fundamentales, pues el fiscal debe cumplir también con el principio de sujeción a la ley.

1. 2. La implementación del Código Procesal Penal en forma gradual ha dado lugar a que diferentes institutos procesales regulados de forma abierta hayan tenido disímiles alcances interpretativos colisionando con la predictibilidad de las resoluciones judiciales y afectando desde esta perspectiva el derecho a la tutela judicial efectiva, ello porque la casuística no ha sido homogénea, de ahí que es necesario otorgar vía jurisprudencial criterios de interpretación de la norma, pues lo contrario incidiría en afectar la propia legitimidad del sistema de administración de justicia penal.

1. 3. El nuevo modelo de investigación procesal penal ha traído consigo la facultad exclusiva del fiscal[133] de llevar a cabo "diligencias preliminares", de las que tiene el señorío y control, son conceptualizadas normativamente como parte de la investigación preparatoria y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, las define como aquellas que lleva a cabo el fiscal en la fase prejurisdiccional previa al proceso penal.

1. 4. Las "diligencias preliminares", como actuaciones iniciales del fiscal orientadas a una finalidad específica, no advierten un carácter jurisdiccional sino de indagación y de averiguación; conforme al rol de persecutor que le corresponde, posibilitan que pase a otra fase del proceso, si así lo decide, al instaurar la formalización de la investigación preparatoria o disponer el archivo definitivo.

---

133 El artículo trescientos treinta.uno CPP señala que puede requerir la intervención de la Policía.

1. 5. El fiscal, conforme al artículo trescientos treinta.uno del CPP, está facultado para realizar o delegar la actuación de "diligencias preliminares" de investigación en su condición de titular del ejercicio de la acción penal, a fin de **determinar si debe formalizar la investigación preparatoria**, lo que lo vincula con la obligación de actuar con objetividad e independencia de criterio.

1. 6. El artículo trescientos treinta.dos del CPP preceptúa su finalidad y señala:

Las Diligencias Preliminares tienen por **finalidad inmediata** realizar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados, y, dentro de los límites de la Ley, asegurarlas debidamente (el resaltado es nuestro).

1. 7. La inicial actividad investigativa del fiscal no se agota con la realización de actos urgentes e inaplazables destinados a establecer: i) si tuvieron lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad; ii) asegurar los elementos materiales de la comisión del delito; iii) individualizar a las personas involucradas y asegurarlas debidamente; sino que a estos se aúna la finalidad de determinar si se formaliza la investigación preparatoria (decisión que se realizará como resultado de las diligencias investigativas realizadas, dando término a esta fase prejurisdiccional).

1. 8. Los actos urgentes e inaplazables a los que hace referencia la norma procesal van ligados al propósito ulterior o finalidad mediata –de ser el caso– de formalizar investigación preparatoria; por lo que tales actos no deben ser vinculados en estricto a un sentido temporal. Lo que resulta de una interpretación sistemática y teleológica del artículo trescientos treinta, incisos uno y dos del CPP. Categorizar lo urgente y necesario solo a un mínimo de tiempo, limitaría la actuación fiscal, afectaría su rol investigativo y el principio de derecho de seguridad jurídica.

1. 9. La regulación procesal penal establece que el fiscal puede desarrollar investigaciones comunes, complejas, e investigación de delitos perpetrados por imputados integrantes de organizaciones criminales, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma. Es dentro de esta dinámica que adquiere sentido la interpretación antes señalada sobre lo "urgente o inaplazable", ello en función de que en cada caso en concreto el fiscal debe satisfacer los presupuestos del artículo trescientos treinta y

seis.uno del CPP para continuar con su investigación; de lo contrario, deberá archivar lo actuado.

1. 10. En los delitos de criminalidad organizada, por su impacto social, su peligrosidad y efectos en el contexto, la necesidad de la actividad indagativa es mayor, pues se debe realizar un tramado de diligencias especiales, recurriendo incluso a técnicas especiales de investigación[134], la propia complejidad de la criminalidad organizada deriva en que realice una pluralidad de actos especiales de investigación, es por ello que lo urgente o inaplazable no puede calificarse en su sentido temporal estricto.

1. 11. Hay que considerar que existen dinámicas criminales donde las estructuras mismas evolucionan y hacen más compleja su indagación, allí es donde el rol del fiscal, encaminado a obtener indicios reveladores de la existencia del hecho criminal (delito) y la individualización de un significativo número de personas, conforme al artículo trescientos treinta y seis.uno del CPP, se complejiza. Por ello no es lo mismo realizar actos urgentes e inaplazables en la investigación de un delito común, que en una investigación de crimen organizado (en el presente caso, por ejemplo, se materializan con elaboración de un informe financiero y contable respecto de los fondos recaudados en los eventos "Rifa fujimorista" y "cocteles o cenas fujimoristas" o la solicitud de información a entidades públicas como Registros Públicos, Municipalidad y notarías).

1. 12. Afirma el carácter que lo urgente e inaplazable tiene una connotación distinta en las indagativas de crimen organizado el que la propia norma señale "[..]) no obstante ello, el Fiscal podrá fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación [...]" (artículo trescientos treinta y cuatro.dos del CPP), lo que en correlato con lo preceptuado en el artículo cinco, incisos uno y dos, de la Ley número treinta mil setenta y siete (Ley Contra el Crimen Organizado), afirma el sentido interpretativo que se fija.

1. 13. De ahí que lo afirmado por el casacionista respecto a que lo urgente e inaplazable en diligencias preliminares por crimen organizado solo debe vincularse al factor tiempo, y que todos los actos que se desarrollen

---

134 En la Ley número treinta mil setenta y siete, Ley Contra el Crimen Organizado, se contemplan, en el título II, capítulo II, las técnicas especiales de investigación, tales como: la interceptación postal, la intervención de las comunicaciones, circulación y entrega vigilada de bienes delictivos, el agente encubierto, acciones de seguimiento.

durante esta fase tengan dichas características, no determina que la Sala Penal Nacional haya inobservado el artículo trescientos treinta.dos del CPP.

SEGUNDO. DETERMINACIÓN DEL PLAZO DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES Y SUS POSIBLES AMPLIACIONES (ARTÍCULO TRESCIENTOS TREINTA Y CUATRO, APARTADO DOS, DEL CPP)

2. 1. EL PLAZO DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES EN LA INVESTIGACIÓN POR CRIMEN ORGANIZADO

2.1.1. La presente versa sobre el sentido interpretativo que se debe dar al artículo trescientos treinta y cuatro.dos, del CPP, que regula el plazo de las "diligencias preliminares", pues desde su vigencia (dos mil cuatro) existe un problema de interpretación normativa, dado que el legislador no ha fijado un baremo que determine cuándo finaliza esta actividad fiscal; y, al estar íntimamente vinculado a la necesidad de garantizar el derecho fundamental de la persona a ser investigado y juzgado en un plazo razonable, se precisa su tutela a fin de controlar el ejercicio arbitrario del mismo.

2.1.2. El artículo trescientos treinta y cuatro.dos del CPP establece que "El plazo de las diligencias preliminares, conforme al artículo 3, es de sesenta días, salvo que se produzca la detención de una persona. No obstante ello el Fiscal podrá fijar un plazo distinto según las características complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación".

2.1.3. Este precepto contempla un plazo ordinario referencial –de sesenta días– y un plazo distinto que se fija en función de las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación. En este segundo caso, si bien el legislador ha optado por no precisar de manera cuantitativa el límite máximo del plazo de las diligencias preliminares, este Supremo Tribunal –tomando como referencia el plazo previsto en el artículo trescientos cuarenta y dos del CPP para la investigación preparatoria– ha establecido en las Sentencias Casatorias número cero dos-dos mil ocho-La Libertad, del tres de junio de dos mil ocho y número ciento cuarenta y cuatro-dos mil doce- Áncash, del once de

julio de dos mil trece135, que el plazo máximo de las diligencias preliminares (en las investigaciones comunes y complejas) no puede, en la hipótesis más extrema, ser superior al límite máximo de la duración de la investigación preparatoria.

2.1.4. Es de precisar que en su versión primigenia, el artículo trescientos cuarenta y dos del CPP, en sus incisos uno y dos, contemplaba para la investigación preparatoria únicamente dos plazos: uno común (de ciento veinte días naturales, prorrogable por única vez hasta por un máximo de sesenta días naturales) y otro para las investigaciones complejas (de ocho meses). Posteriormente, con la Ley número treinta mil setenta y siete (Ley Contra el Crimen Organizado), vigente desde el primero de julio de dos mil catorce, se modificó el inciso dos del artículo trescientos cuarenta y dos del CPP y se incorporó el plazo de investigación preparatoria de treinta y seis meses para el caso de investigación de delitos perpetrados por imputados integrantes de organizaciones criminales, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma.

2.1.5. Es claro que la falta de un plazo legal máximo para las "diligencias preliminares" de investigaciones comunes, complejos o de criminalidad organizada afecta el principio-derecho de seguridad jurídica; por ello, es necesario que estas se realicen siempre dentro de un plazo razonable (garantía derivada del derecho fundamental al debido proceso), que no es el equivalente al plazo legal, sino que depende de las circunstancias particulares que presente cada caso.

Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló que para determinar el plazo razonable en un caso concreto, se debe considerar la complejidad del asunto, el comportamiento de las partes y la actuación de los tribunales136. 2.1.6. El Tribunal Constitucional ha precisado, como doctrina de carácter

---

135 La Sentencia Casatoria número dos-dos mil ocho-La Libertad, en su fundamento jurídico décimo segundo, último párrafo señala: "[...] la fase de diligencias preliminares no podría, en la hipótesis más extrema, ser mayor que el plazo máximo de la Investigación Preparatoria regulada en el artículo trescientos cuarenta y dos de la ley procesal penal", criterio que es reproducido en el fundamento jurídico sexto de la Sentencia Casatoria número ciento cuarenta y cuatro-dos mil doce-Áncash.

136 Expediente número cinco mil doscientos veintiocho-dos mil seis-PHC/TC, del quince de febrero de dos mil siete, fundamento jurídico trece.

jurisprudencial137, que para determinar la razonabilidad del plazo de la investigación preliminar, se debe acudir cuando menos a dos criterios: uno subjetivo, que está referido a la actuación del investigado y a la actuación del fiscal; y otro objetivo, que está referido a la naturaleza objeto de los hechos de investigación, dentro de este –a juicio del Tribunal– cabe comprender la complejidad de los hechos a investigar. Considera que el plazo razonable de la investigación preliminar no tiene ni puede tener en abstracto un único plazo para todos los casos, traducido en un número fijo de días, semanas o años, sino que tal razonabilidad inevitablemente debe ser establecida según las circunstancias concretas de cada caso[138].

2.1.7. En efecto, el derecho al plazo razonable no solo permite el control de aquellos plazos latos y excesivos, sino también aquellos cortos, reducidos, que impiden sustanciar de modo debido la investigación. De ahí que la determinación del plazo razonable no puede establecerse considerando solo el transcurso del tiempo, sino que requiere una evaluación objetiva a partir de las circunstancias especiales que rodean cada caso en concreto.

2.1.8. Por ello, las diligencias preliminares orientadas a establecer la ocurrencia de los hechos y la delictuosidad de los mismos en una organización criminal (lo que advierte una infracción de especial gravedad) requieren para sus fines un plazo más lato y razonable, pues uno reducido o limitado impediría su adecuada conclusión.

2.1.9. El artículo cinco de la Ley número treinta mil setenta y siete señala:

> "1. Conforme a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 334 del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957, el plazo de las diligencias preliminares para todos los delitos vinculados a organizaciones criminales es de sesenta días, pudiendo el Fiscal fijar un plazo distinto en atención a las características, grado de complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación".

---

137 Ibídem, fundamentos jurídicos quince y dieciséis.

138 Expediente número dos mil setecientos cuarenta y ocho-dos mil diez-PHC, del once de agosto de dos mil diez, fundamento jurídico nueve.

2. Para determinar la razonabilidad del plazo, el Juez considera, entre otros factores, la complejidad de la investigación, su grado de avance, la realización de actos de investigación idóneos, la conducta procesal del imputado, los elementos probatorios o indiciarios recabados, la magnitud y grado de desarrollo de la presunta organización criminal, así como la peligrosidad y gravedad de los hechos vinculados a esta".

Una interpretación sistemática de los incisos uno y dos habilita en investigaciones de crimen organizado un plazo mayor para las "diligencias preliminares", ello en función de su propósito objetivo: los hechos de investigación.

2.1.10. Siguiendo las líneas interpretativas en las Sentencias Casatorias número dos-dos mil ocho-La Libertad y número ciento cuarenta y cuatro-dos mil doce-Áncash respecto a considerar como baremo el plazo máximo fijado en la investigación preparatoria; en el marco de una investigación a una organización criminal, el plazo máximo de las diligencias preliminares no debe superar los treinta y seis meses.

2.1.11. Tal plazo se justifica en atención a que una organización criminal, dada la dinámica de las conductas derivadas, puede requerir mayor plazo al previsto para las indagaciones de casos comunes o complejos, presenta mayores dificultades. Se exige una mayor inversión de recursos personales, logísticos, demanda un tiempo superior para investigarla, procesarla y juzgarla, a diferencia de otros procesos[139] y es necesario potenciar la eficacia de la persecución penal y no limitar la operatividad fiscal, en tanto es posible que decida técnicas especiales de investigación.

2.1.12. Ello no significa que el plazo máximo de treinta y seis meses deba ser utilizado en su integridad, pues en función del interés investigativo el fiscal puede optar por un plazo menor. La disposición que dicte el fiscal debe justificar la necesidad del plazo y la razonabilidad de las diligencias ordenadas.

---

139 Acuerdo Plenario Extraordinario número uno-dos mil diecisiete/CIJ-ciento diecisésis, fundamento jurídico ocho.

2.1.13. El grado de discrecionalidad del que está investido el fiscal para que lleve a cabo su investigación debe estar precedido del principio de interdicción a la arbitrariedad, pues su incumplimiento legitima que el investigado acuda al juez de Investigación Preparatoria instando su pronunciamiento (conforme con lo previsto en el artículo trescientos treinta y cuatro.dos del CPP)[140].

2.1.14. En el presente caso, mediante Disposición Fiscal número uno, del trece de octubre de dos mil diecisiete se resolvió, entre otros: i) adecuar la investigación seguida al Partido Político Fuerza Popular y Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka a la Ley número treinta mil setenta y siete; ii) se establece como plazo máximo de las diligencias preliminares treinta y seis meses (tiene como fecha de inicio el veinte de octubre de dos mil quince); iii) amplía la investigación contra Keiko Sofía Fujimori Higuchi, Jorge A. Trelles Montero y Augusto Mario Bedoya Camere.

2.1.15. Para dilucidar si el plazo máximo fijado por el fiscal, de treinta y seis meses, señalado para la actuación de la actividad investigativa se encuentra dentro de un plazo razonable, dado el criterio antes señalado (que considera la Ley número treinta mil setenta y siete, Ley Contra el Crimen Organizado), es de marcar que el suceso indagativo conforme a la disposición fiscal hace alusión a un conjunto de hechos en los que se apreciarían elementos indiciarios de una organización criminal con una aparente estructura de división de funciones; que los informes financieros permitirían inferir, en el estado de la investigación, que existiría una posible organización con división de funciones encargada de consignar aportes que no tendría sustento por parte del Partido Político Fuerza Popular. En tal mérito, esta disposición fiscal justifica la razonabilidad de la adecuación. Por lo demás, es de considerar que cuando la investigación se encuentra en su nivel inicial prejudicial, no es de requerir al fiscal en sus disposiciones el detalle concreto y acabado de los hechos a investigar, su propio nivel indagativo lo

---

[140] Art. Trescientos treinta y cuatro.dos CPP "[...] Quien se considere afectado por una excesiva duración de las diligencias preliminares, solicitará al fiscal le dé término y dicte la disposición que corresponda. Si el fiscal no acepta la solicitud del afectado o fija un plazo irrazonable, este último podrá acudir al juez de la investigación preparatoria en el plazo de cinco días instando su pronunciamiento. El juez resolverá previa audiencia, con la participación del fiscal y del solicitante."

impide. Más aún cuando se advierte la presencia de dos elementos necesarios para su investigación: una causa probable y búsqueda de la comisión de un ilícito penal.

2.1.16. En el presente caso, las diligencias preliminares se iniciaron el veinte de octubre de dos mil quince, el plazo razonable vencerá el diecinueve de octubre de dos mil dieciocho, fecha en la que el fiscal determinará si formaliza la investigación preparatoria o archiva lo actuado.

2.2. EL PLAZO Y SU AMPLIACIÓN EN INVESTIGACIONES DE CRIMEN ORGANIZADO

2.2.1. La norma debe dar una respuesta integral a aquellas situaciones de relevancia social como el crimen organizado. La estructura del proceso penal inicialmente fue concebida desde una visión de procesos ordinarios y complejos sin considerar otros aspectos delictuales relevantes que ahora se advierten a través del crimen organizado.

2.2.2. Al ser las "diligencias preliminares" de regulación abierta, la Corte Suprema debe dar una respuesta jurisprudencial que solucione este vacío normativo.

2.2.3. Una de las características de la investigación es su progresividad, no es posible afirmar desde su inicio que el fiscal podrá proyectarse respecto a la integridad de las diligencias investigativas que llevará a cabo, pues el abanico de posibilidades indagativas no se advierte al iniciarse la diligencia preliminar. La estrategia fiscal debe decantar por usar un plazo inicial menor al de treinta y seis meses. Dentro de este marco temporal, es razonable su ampliación, la oportunidad será siempre previa al vencimiento del plazo inicialmente fijado.

2.2.4. Si la ampliación de las diligencias preliminares se realiza fuera del plazo inicialmente fijado, origina responsabilidad disciplinaria del fiscal, conforme con el artículo ciento cuarenta y cuatro.dos del CPP[141]. En tal supuesto, los actos defectuosos, en mérito al principio de conservación, mantienen su validez.

---

141 Artículo ciento cuarenta y cuatro.dos del CPP. Los plazos que solo tienen como fin regular

2.2.5. En el presente caso, se advierte que hubo sucesivas ampliaciones, las cuales cuestiona la defensa del casacionista. Al respecto, se advierte que el fiscal provincial emitió la disposición del tres de julio de dos mil diecisiete, que ordenó "abrir" investigación, cuando se había vencido el plazo previo señalado; no obstante, el casacionista no solicitó control de plazo de manera inmediata sino con posterioridad. La ampliación del plazo, pese a encontrarse este vencido, conforme a lo señalado, origina responsabilidad disciplinaria del fiscal a cargo de la investigación preliminar.

En el presente caso, dada la falta de diligencia en la actuación del fiscal, es al Ministerio Público al que le compete actuar disciplinariamente.

TERCERO. APARTAMIENTO DE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL AL HABERSE EMITIDO LA SENTENCIA CASATORIA NÚMERO CIENTO TREINTA Y CUATRO-DOS MIL DOCE/ÁNCASH, DEL TRECE DE AGOSTO DE DOS MIL TRECE

3.1. El casacionista señala que la Sala Penal Nacional se aparta de la Sentencia Casatoria número ciento treinta y cuatro-dos mil doce-Áncash, del trece de agosto de dos mil trece, que preceptúa como doctrina jurisprudencial vinculante lo prescrito en el fundamento jurídico segundo, respecto a la prórroga de la investigación preliminar y si procede efectuarla pese a estar vencido el plazo fijado por el Ministerio Público.

3.2. La norma habilita a la Sala Penal de la Corte Suprema, bajo determinados supuestos, a declarar los efectos vinculantes de la sentencia casatoria, ello en armonía para consolidar la previsibilidad de las decisiones judiciales y potenciar su universalización interpretativa; por ello, la selección de un caso concreto del que se crea un precedente, afirma la seguridad jurídica e igualdad ante la ley, al brindar coherencia al sistema de justicia.

3.3. En el presente caso, el apartamiento del precedente casacional número ciento treinta y cuatro-dos mil once, del trece de agosto de dos mil trece, que se denuncia por parte de la defensa, establece que no cabe habilitación judicial del plazo y que al vencimiento del mismo no

---

la actividad de Fiscales y Jueces serán observados rigurosamente por ellos. Su inobservancia solo acarrea responsabilidad disciplinaria.

corresponde el amparo de solicitudes de prórroga[142], sino continuar con el normal desarrollo de las siguientes etapas del proceso; por lo que, vencido el plazo de la investigación preliminar se "debe proceder con el requerimiento fiscal acusatorio o de sobreseimiento"[143] (conceptúa que opera la caducidad).

3.4. La regla del precedente casacional es la obligatoriedad de su aplicabilidad como sustento del derecho fundamental a la igualdad, lo que no limita su evolución ni desarrollo progresivo en atención a que debe responder a las necesidades y valores sociales. La adopción de un precedente o una línea de interpretación no puede tender al inmovilismo y a la fosilización judicial[144], el respeto al precedente no limita a precisar, aclarar, ampliar o corregir un entendimiento fijado como tal, sobre todo cuando opera un cambio social o de marco normativo.

3.5. En la casación cuyo apartamiento se cuestiona, se advierten dos considerandos:

Primer considerando: afirma que mediante Sentencia Casatoria número cincuenta y cuatro-dos mil nueve, del veinte de julio de dos mil diez, se estableció como doctrina jurisprudencial que las actividades del fiscal relacionadas al ejercicio de la acción penal no pueden ser sancionadas con la caducidad del plazo previsto en la ley, pues ello importaría la vulneración de normas constitucionales; además, el artículo ciento cuarenta y cuatro del CPP no permite que se declare la caducidad de la actividad del fiscal[145].

---

142 Casación número ciento treinta y cuatro-dos mil doce, fundamento jurídico segundo: "De allí que frente al vencimiento del término para llevar a cabo una determinada actuación procesal a cargo del Ministerio Público –en su condición de titular de la acción penal y director de la investigación– no corresponda el amparo de solicitudes de prórroga del mismo. Menos aún, que en tal circunstancia de conclusión del plazo, recién se pretenda la calificación del caso como complejo. Asimismo, en aplicación del principio de la preclusión procesal".

143 Ídem. "En tal supuesto corresponde continuar con el normal desarrollo de las siguientes etapas del proceso. Así, en el caso del vencimiento del plazo de la investigación preliminar, el Ministerio Público debe proceder con el requerimiento fiscal, acusatorio o de sobreseimiento".

144 AARNIO, Aulis. Lo relacional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 127.

145 Considerando primero de la Sentencia Casatoria número ciento treinta y cuatro-dos mil doce-Áncash.

Segundo considerando: no cabe la habilitación judicial del plazo, y frente al vencimiento del mismo no corresponde el amparo de solicitudes de prórroga.

Conclusión: frente al vencimiento del plazo no corresponde la prórroga sino continuar con el normal desarrollo de las siguientes etapas del proceso; esto es, el Ministerio Público debe proceder con el requerimiento fiscal, acusatorio o de sobreseimiento.

3.6. La Sala Penal Superior señala que se aparta excepcionalmente de la sentencia casatoria porque no es clara y conceptúa que se trabajó bajo el supuesto de que el caso que promovió el recurso se encontraría en etapa de investigación preparatoria formalizada y no en diligencias preliminares.

3.7. De lo señalado corresponde poner en evidencia, en primer lugar, si los hechos son sustancialmente iguales o hay diferencias entre los casos.

3.8. La controversia tiene como sustento las diligencias preliminares llevadas a cabo en una investigación compleja; la presente versa sobre las diligencias indagativas en casos de crimen organizado (Ley número treinta mil setenta y siete, Ley Contra el Crimen Organizado, vigente desde el primero de julio de dos mil catorce), ambas no constituyen casos homólogos en su integridad, han sido emitidas en un periodo de cinco años, al resolverse la Casación número ciento treinta y cuatro-dos mil doce-Áncash no se encontraba vigente la referida Ley número treinta mil setenta y siete; por lo que concluimos que los supuestos no son sustancialmente iguales.

3.9. Con relación a la caducidad de las diligencias preliminares por vencimiento del plazo ordinario, es del caso evaluar la *ratio decidendi* de la casación en cuestión. Así, de su primer considerando se extrae que amparándose en la Sentencia Casatoria número cincuenta y cuatro-dos mil nueve, del veinte de julio de dos mil diez, precisa que las actividades del fiscal relacionadas al ejercicio de la acción penal, no pueden ser sancionadas con la caducidad del plazo, criterio que se asume en esta casación.

3.10. La *ratio decidendi* de la Casación número ciento treinta y cuatro-dos mil doce-Áncash se justifica en la Carta Magna, Ley Orgánica del Ministerio Público y el Código Procesal Penal; criterio que coincide con el sentido interpretativo que se da en la presente respecto de la no caducidad de la diligencia preliminar al vencimiento del plazo. Con la adición, en esta casación, de que si el plazo se venciera sin que se haya realizado ampliación, origina responsabilidad disciplinaria del fiscal, conforme al

mandato de la norma previsto en el artículo ciento cuarenta y cuatro.dos del CPP.

3.11. Por ello, a falta de precisión de la Casación número ciento treinta y cuatro-dos mil doce-Áncash, la Sala Penal Superior justifica las razones de su decisión (en estricto no hay tal apartamiento). El razonamiento propuesto de la distinción que se realiza –basada en los fundamentos precedentes– lleva a la precisión que se señala.

Por tanto, este motivo casacional también debe desestimarse y así se declara.

8. BÚSQUEDA DE PRUEBAS Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS

190

§190. La cadena de custodia. Efectos jurídicos de su ruptura

Acuerdo Plenario	6-2012/CJ-116
Fecha	17 de marzo del 2013
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	San Martín Castro y Neyra Flores
Jueces Supremos	San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Barrios Alvarado, Tello Gilardi, Príncipe Trujillo y Neyra Flores.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 157°.1, 173°.2, 220°.5, 221°.1 y 232° del NCPP. y Resolución N° 729-2006-MP-FN.
Fundamentos jurídicos vinculantes	8° al 14°

RESUMEN:

La autenticidad del cuerpo del delito, de necesaria demostración, exige que ***el elemento de investigación utilizado para justificar la acusación es el mismo objeto encontrado en el lugar de los hechos y el mismo sobre el cual*** *–si correspondiere–* ***se realizaron los análisis forenses o periciales.***

Este aludido requisito de autenticidad, puede acreditarse de una de las cinco formas siguientes: 1. Auto autenticación. 2. Marcación. 3. Testimonio. 4. Pericia. 5. Cadena de custodia.

La cadena de custodia es, propiamente, ***un sistema de control que permite registrar, de manera cierta y detallada, cada paso que sigue el cuerpo del delito encontrado en el lugar de los hechos.***

DOCTRINA LEGAL:

8º. El NCPP no utiliza la expresión, de origen anglosajón, de "evidencia física", que es definida como todo elemento tangible que permite objetivar una observación. Se ha centrado en utilizar los términos propios del derecho euro-continental y de nuestro acervo de cultura del Derecho Procesal Penal que le es tributario. Es así que recurre a vocablos de hondo significado en nuestra dogmática procesal, tales como: 1. Cuerpo del delito. 2. Vestigios y huellas del delito; rastros, efectos y elementos materiales. 3. Objetos e instrumentos del delito. 4. Cosas o bienes relacionados con el delito. 5. Documentos privados y no privados, libros, comprobantes y documentos contables administrativos.

Desde las indicadas referencias normativas se entiende, primero, que el NCPP toma como criterio de clasificación de la fuente de investigación o fuente de prueba –se acepte o no– la persona o cosa –o, "bien", en este último caso–, de donde se deriva el medio de investigación o de prueba, según el caso, para llegar a la distinción entre medios de investigación o de prueba personales, y medios de investigación o de prueba materiales o reales [FLORIÁN, I,1976: 184].

Segundo, que la noción "cuerpo del delito", por su concepción amplia respecto de la totalidad de diligencias de investigación, tendentes a la comprobación del delito y averiguación del delincuente, comprende "[...] el conjunto de materialidades relativamente permanentes sobre las cuales o mediante las cuales se cometió el delito; así como también cualquier otra cosa o bien que sea efecto inmediato del mismo o que se refiere a él, de tal modo que pueda ser utilizado para su prueba" [MANZINI, III, 1952: 500].

Con ello se intenta distinguir entre (i) la persona o cosa objeto del delito (como, por ejemplo, sería el cadáver en un delito de homicidio, la caja fuerte forzada en el hurto), (ii) los medios o instrumentos a través de los cuales se cometió el delito (ejemplo, el revólver utilizado), (iii) los efectos relacionados con el delito, que serían las cosas obtenidas como consecuencia de su ejecución (ejemplo, los objetos robados), y (iv) las piezas de convicción, que serían las huellas, rastros o vestigios –elementos materiales, en suma– dejados por el autor en la comisión del hecho y susceptibles de ser recogidos, y que permiten acreditar la perpetración del delito y, en ocasiones, la identificación de su autor (ejemplo, el trozo de cristal en el que se asentaron las huellas dactilares del imputado, las ropas manchadas de sangre) [PÉREZ-CRUZ MARTÍN y otros, 2009: 232].

La Sentencia del Tribunal Supremo español, del seis de febrero de mil novecientos ochenta y dos, efectúa una clasificación moderna de "cuerpo del

delito". Así: 1. Cuerpo material del delito, sobre el que recae este. 2. Cuerpo accidental del delito, que se incorpora a los autos como piezas de convicción. 3. Cuerpo del delito por situación, que tiene relación con el delito, por el lugar, por estar en el mismo sitio del delito, en las inmediaciones, en poder del reo o de terceros.

Lo expuesto revela la naturaleza heterogénea del cuerpo del delito, en cuanto es, al mismo tiempo, medio y objeto de investigación. Medio de investigación porque a través de él es posible averiguar importantes extremos relativos al hecho delictivo (e, incluso, indirectamente, relativos al delincuente). Objeto de investigación, en el sentido de que las materialidades que lo componen pueden ser, a su vez, objeto de diligencias de investigación de esta índole [ARAGONESES MARTÍNEZ y otros, 2002: 329].

2. La cadena de custodia

9º. Una norma de clausura del procedimiento de incautación y, especialmente, de aseguramiento del material incautado –el cuerpo del delito– para su debida autenticidad, es la prevista en el artículo 220, apartado 5, del NCPP, que instituye la denominada "cadena de custodia", a la que la dicha norma delega su desarrollo, a través de un Reglamento específico, a la Fiscalía de la Nación; en tanto se trata de actos de investigación o actos de prueba materiales, con entidad para esclarecer la comisión del delito e identificar y descubrir a su autor. El NCPP, sin embargo, delimita esa atribución reglamentaria, residenciada en la Fiscalía de la Nación, a normar el diseño y control de la misma, así como el procedimiento de seguridad, conservación y custodia de lo incautado (artículos 220, apartado 5, y 221, apartado 1 del NCPP). Además, como ya se ha precisado, en otras disposiciones el NCPP impone la necesidad de protección del lugar de los hechos, recogida del cuerpo del delito y levantamiento de las actas respectivas.

La Fiscalía de la Nación, mediante la Resolución Nº 729-2006-MP-FN, del quince de junio de dos mil seis, expidió el "Reglamento de la cadena de custodia de elementos materiales, evidencias [sic] y administración de bienes incautados", cuya finalidad es la de establecer y unificar procedimientos básicos y responsabilidades de los fiscales y funcionarios del Ministerio Público, para garantizar la autenticidad y conservación del cuerpo del delito (artículo 2). La cadena de custodia está desarrollada en el Capítulo II del citado Reglamento (artículos 7 al 15).

10º. Debe quedar claro, desde el principio de libertad probatoria, que la autenticidad del cuerpo del delito, de necesaria demostración, exige que el elemento de investigación utilizado para justificar la acusación es el mismo objeto

encontrado en el lugar de los hechos y el mismo sobre el cual –si correspondiere– se realizaron los análisis forenses o periciales, y se establecieron los vínculos o inferencias respectivas (entre otras: relacionar al imputado con la víctima o con la escena del delito, establecer las personas asociadas o partícipes del delito, corroborar el testimonio de la víctima, definir el modo de operación del agresor y relacionar casos entre sí o exonerar a un inocente), y el mismo que se exhibe en el juicio oral. Ha de garantizarse que desde que se recoge el cuerpo del delito hasta que llega a concretarse como prueba en el momento del juicio, aquello sobre lo que recaerá la inmediación, publicidad y contradicción de las partes y el juicio del órgano jurisdiccional, es lo mismo.

El aludido requisito de autenticidad, que responde al principio o elemento de mismidad, propio de las ciencias forenses y de la investigación criminal, puede acreditarse de una de las cinco formas de autenticación siguiente: 1. Auto autenticación. 2. Marcación. 3. Testimonio. 4. Pericia. 5. Cadena de custodia.

La primera forma está en relación con bienes, cosas u objetos que tienen características notorias y bien conocidas, que hacen que ellas no necesiten autenticación porque se autentican a sí mismas (verbigracia, ejemplar de un periódico, imagen de un personaje relevante). La segunda es el acto de señalar el cuerpo del delito con un signo distintivo, propio y exclusivo, de quien intervino en las diligencias de levantamiento, recolección o incautación, o del perito que lo manipula dentro del laboratorio (ejemplo, grabar las iniciales del policía o fiscal que intervino en el mango de un cuchillo hallado en el lugar de los hechos). La tercera es el testimonio, en cuya virtud el testigo reconoce el cuerpo del delito como auténtico (ejemplo, las fotografías).

La cuarta es la pericia en la que el perito precisa que lo analizado es auténtico, que es el mismo bien, cosa u objeto que recibió (al anterior y a este se les puede denominar, según el caso, "testigos" o "peritos de acreditación"). La última es la cadena de custodia [MORA IZQUIERDO y otra, 2007: 195-198].

Cabe acotar, sin embargo, que respecto a la autenticación el NCPP establece la necesidad del levantamiento de actas que mencionen objetivamente el bien recogido o incautado –recogida del bien, cosa u objeto, y práctica documentada de la diligencia referida al cuerpo del delito–. Su elaboración –a cargo mayormente de la Policía–, la búsqueda y recogida del cuerpo del delito, forman prioritariamente parte del acervo de conocimientos y experiencias de la policía (conforme: Sentencia del Tribunal Supremo español, del dieciocho de mayo de dos mil uno, fundamento jurídico cuarto) –y, residualmente, de la Fiscalía, en cuanto órganos de investigación del delito–, si cumplen los requisitos pertinentes –fijados mayormente por norma reglamentaria, aunque con una base legal con la

que se ha detallado en el parágrafo séptimo–, evita un procedimiento ulterior de autenticación de dicha diligencia de aseguramiento de fuentes de investigación –ubicación, recogida e incautación–, a través de autoautenticación, marcación, testimonio o pericia.

11º. La cadena de custodia, como quinta forma de autenticación, referida al cuerpo del delito, "[...] se puede definir como aquel procedimiento de registro y control que tiene por finalidad garantizar la integridad, conservación e inalterabilidad de los elementos materiales de prueba [en pureza, del hecho delictivo y de su autor], tales como documentos, armas blancas y de fuego, muestras orgánicas e inorgánicas, proyectiles, vainas, huellas dactilares, etcétera, desde el momento de su hallazgo en la escena del crimen, considerando su derivación a los laboratorios criminalísticos forenses donde serán analizados por parte de los expertos, técnicos o científicos, y hasta que son acompañados y valorados como elementos de convicción [en rigor, actos de prueba] en la audiencia de juicio oral" [READI SILVA y otra, 2003: 23].

La cadena de custodia es, propiamente, un sistema de control que permite registrar, de manera cierta y detallada, cada paso que sigue el cuerpo del delito encontrado en el lugar de los hechos (recolección, incorporación –utilización de embalajes adecuados–, rotulación, etiquetamiento –con identificación del funcionario responsable y referencias sobre el acto de hallazgo, ocupación e incautación–, traslado, almacenamiento, conservación, administración y destino final), de suerte que proporciona un conocimiento efectivo del flujograma que ha seguido el bien, cosa u objeto, a través de los diferentes sistemas (policial, fiscal, laboratorio criminalístico, Instituto de Medicina Legal, u otros entes públicos o privados), hasta llegar a las instancias judiciales [la obligatoriedad de su presentación se advierte de lo dispuesto por el artículo 282.1 NCPP].

Por último, la cadena de custodia, como señaló el Tribunal Supremo español, en su sentencia del tres de diciembre de dos mil nueve, fundamento jurídico tercero:

"[...] la cadena de custodia es una fi gura tomada de la realidad, a la que tiñe de valor jurídico con el fi n de, en su caso, identificar el objeto intervenido, pues al tener que pasar por distintos lugares para que se verifiquen los correspondientes exámenes, es necesario tener la seguridad de que lo que se traslada y analiza es lo mismo en todo momento, desde que se recoge del lugar del delito hasta el momento final que se estudia y, en su caso, se destruye" [MARCA MATUTE, II, 2010: 36]. Además, como recuerda la Corte Suprema de Costa Rica, "[...] la cadena de custodia no protege la cantidad ni la calidad de la prueba material sino

la identidad de ella, pues la incautada debe ser la misma que llega al perito y al debate" [Sala Tercera, Sentencia del veintiuno de diciembre de dos mil siete].

12º. El mecanismo que expresa la cadena de custodia se concreta materialmente a través de formularios de registro de información o, como precisa el Reglamento antes citado, en "formatos de la cadena de custodia", que acompañan en todo momento al cuerpo del delito y son objeto de supervisión por el fiscal o un funcionario delegado. Cada eslabón en la cadena de custodia está debidamente registrado, y de modo ininterrumpido, lo cual demuestra la totalidad del camino recorrido por el cuerpo del delito. La presentación de estos formatos evita la necesidad de hacer concurrir a quien o quienes han tenido que lidiar con el cuerpo del delito. Esta prueba documentada –el formato y documentos anexos– es suficiente y más operativa que el testimonio. La jurisprudencia estadounidense, liderada por el caso USA vs. Howard-Arias, decidida en 1982 por la Corte Federal de Apelaciones del Cuarto Circuito, señaló que la cadena de custodia es una variación del principio de autenticación (o, con mayor precisión y según se expuso, una de sus formas de autenticación) [MUÑOZ NEIRA, 2008: 361-362].

3. Ruptura de la cadena de custodia

13º. La ruptura de la cadena de custodia –la presencia de irregularidades en su decurso– se presenta cuando en alguno de los eslabones de la cadena o de los tramos por el que transita el cuerpo del delito, se pierde la garantía de identidad entre lo incautado y lo entregado al fiscal, perito –organismos técnicos periciales, laboratorios forenses, universidades, instituciones públicas o privadas, institutos de investigación (artículo 173, apartado 2, NCPP) – o juez. Aquí, en principio, se está ante una irregularidad o un acto procesal defectuoso, que no determina su nulidad, inadmisibilidad o inutilización.

14º. De la ruptura de la cadena de custodia o de su omisión no sigue necesaria o automáticamente que el cuerpo del delito es inauténtico y, por consiguiente, que carece de eficacia probatoria. Recuérdese, de esta forma, que la cadena de custodia es una de las modalidades para acreditar la mismidad de un bien, objeto o cosa incautado, y que solo busca facilitar la demostración de su autenticidad a través de un conjunto de formatos y procedimientos estandarizados y protocolizados; y, en otro sentido, que en materia de prueba rige el principio de libertad probatoria (artículo 157, apartado 1, NCPP); de suerte que las partes pueden acreditar la autenticidad de la prueba material presentada por los diversos medios de prueba reconocidos por la ley.

191

§191. Incautación

Acuerdo Plenario	5-2010/CJ-116
Fecha	16 de noviembre del 2010
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Barandiarán Dempwolf, Calderón Castillo y Santa María Morillo.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 102°, 200°.3, 203°, 218°, 219°, 220°, 221°, 222°, 223°, 254°.1, 259°, 316°.1, 317°.2, 318°, 319° y 320° del NCPP.
Fundamentos jurídicos vinculantes	6° al 15°

RESUMEN:

La incautación es, por una parte, ***una medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos*** *(función conservativa y probatoria); y, por otro,* ***una medida cautelar*** *(función de prevención y de impedimento de la obstaculización de la búsqueda de la verdad). Es utilizada para limitar las facultades de dominio sobre cosas relacionadas con el hecho punible, ya sea el caso de la incautación instrumental o de la incautación cautelar.*

La intervención judicial siempre es imprescindible en la incautación, *de forma que -cuando el peligro por la demora no sea urgente- se deberá contar con orden judicial previa. Sin embargo,* ***bastará con autorización fiscal cuando dicho peligro sea apremiante y cuando se trate de bienes objeto de decomiso;*** *Además,* ***la autoridad policial podrá actuar sin ella en caso de flagrancia delictiva.*** *Ello* ***no exime la responsabilidad de dar cuenta judicial inmediata en ambos supuestos,*** *puesto que no es posible utilizar como evidencia lo obtenido*

a través de la incautación mientras no se ha cumplido con el correspondiente control jurisdiccional

Si bien por lo general el Juez puede conceder la orden de incautación sin exigir la celebración de una audiencia, es posible que discrecionalmente decida la realización de una.

FUNDAMENTOS:

"Aspectos generales. Objeto de la incautación:

7°. La incautación, en cuanto medida procesal, presenta una configuración jurídica dual: como medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos -propiamente, medida instrumental restrictiva de derechos- (artículos 218° al 223° del Nuevo Código Procesal Penal -en adelante, NCPP-), y como medida de coerción -con una típica función cautelar- (artículos 316° al 320° del NCPP)-. En ambos casos es un acto de autoridad que limita las facultades de dominio respecto de bienes o cosas relacionadas, de uno u otro modo, con el hecho punible.

En el primer caso, su función es primordialmente conservativa -de aseguramiento de fuentes de prueba material- y, luego, probatoria que ha de realizarse en el juicio oral. En el segundo caso, su función es substancialmente de prevención del ocultamiento de bienes sujetos a decomiso y de impedimento a la obstaculización de la averiguación de la verdad.

Aún cuando en la identificación de los bienes sujetos a una u otra medida existen ámbitos comunes -pueden cumplir funciones similares-, lo esencial estriba en la función principal que cumplen, básicamente de cara a la posibilidad de una consecuencia accesoria de decomiso, con arreglo al artículo 102° del Código Penal -en adelante, CP-.

8°. La incautación instrumental (artículo 218° NCPP) recae contra **(i)** los bienes que constituyen cuerpo del delito, o contra **(ii)** las cosas que se relacionen con el delito o que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados. El objeto de esta medida de aseguramiento es amplio y, por su propia naturaleza investigativa, comprende una extensa gama de bienes u objetos relacionados, de uno u otro modo, con el delito.

En estricto sentido se entiende por;

A. "Cuerpo del delito", además de la persona -el cadáver en el delito de homicidio- comprende al objeto del delito, es decir, aquél contra el que

recae el hecho punible o que ha sufrido directamente sus efectos lesivos -la droga en el delito de tráfico ilícito de drogas-.

B. Las "cosas relacionadas con el delito o necesarias para su esclarecimiento', son tanto las "piezas de ejecución": medios u objetos a través de los cuales se llevó a cabo la comisión del delito, como las denominadas "piezas de convicción": cosas, objetos, huellas o vestigios materiales, que pueden servir para la comprobación de la existencia, autoría o circunstancias del hecho punible.

9°. La incautación cautelar (artículo 316°.1 NCPP) incide en los efectos provenientes de la infracción penal, en los instrumentos con los que se ejecutó y en los objetos del delito permitidos por la ley.

A. Los efectos del delito o *producta scaeleris* son los objetos producidos mediante la acción delictiva, como el documento o la moneda falsa, así como las ventajas patrimoniales derivadas del hecho punible, como el precio del cohecho, el del delincuente a sueldo, o la contraprestación recibida por el transporte de droga, etcétera.

B. Los instrumentos del delito o *instrumenta scaeleris* son los objetos que, puestos en relación de medio a fin con la infracción, han servido para su ejecución, tales como el vehículo utilizado para el transporte de la mercancía, los útiles para el robo, el arma empleada, maquinarias del falsificador, etcétera.

C. Los objetos del delito son las cosas materiales sobre las que recayó la acción típica, como por ejemplo las cosas hurtadas o robadas, armas o explosivos en el delito de tenencia ilícita de las mismas, la droga en el delito de tráfico ilícito de drogas, los bienes de contrabando en dicho delito, etcétera, para lo que se requiere una regulación específica.

En estos casos la incautación como medida procesal precede al decomiso como consecuencia accesoria que se dictará en la sentencia (artículo 102° CP).

10°. Como se advierte de los parágrafos precedentes, los bienes y objetos que pueden incautarse -privación de la posesión de un bien u objeto y su consecuente indisponibilidad y ocupación por la autoridad penal- cumplen en la mayoría de los casos una doble función: garantiza su eventual decomiso como consecuencia accesoria del delito conforme a las disposiciones del artículo 102° y siguientes del CP, y permite su eficaz control para la acreditación del hecho punible -asegura su utilización por las partes y el Juez como objeto de prueba-.

Como ya quedó expuesto, la función que prima en el caso concreto será la determinante, aunque desde luego una distinción radical es, por lo menos, particularmente complicada. A estos efectos, se ha de tener en cuenta el estado de la causa -específicamente, de la investigación- al momento de su imposición, y la evidencia de que se trata de un bien u objeto destinado, sin dificultad alguna, a la consecuencia accesoria del decomiso.

Régimen de la incautación:

11°. La incautación, instrumental o cautelar, es una medida que la realiza, en primer término, la Policía o la Fiscalía, pero a continuación requiere de la decisión confirmatoria del Juez de la Investigación Preparatoria.

A. En los casos de flagrancia delictiva -en las modalidades reconocidas por el artículo 259° NCPP- o de peligro inminente de su perpetración, por su propia configuración situacional, es obvio que la Policía debe incautar los bienes o cosas relacionadas, de uno u otro modo, con el hecho punible. La necesidad de la ocupación de bienes u objetos vinculados al delito, a fin de ponerle término y garantizar su probanza efectiva, a la par que consolidar la razonabilidad de la intervención policial, está fuera de discusión. En estos casos la comisión del delito se percibe con evidencia -se da una relación directa del delincuente con el bien o cosa relacionada con el delito- y exige de manera inexcusable una inmediata intervención de la autoridad.

B. Fuera de ambos supuestos, la incautación en el curso de la investigación preparatoria -en especial durante las denominadas "primeras diligencias"- requiere de una decisión del Fiscal. La autoridad policial, por consiguiente, necesita de una expresa autorización del Fiscal. A su vez, la legalidad de la orden o autorización fiscal se centra, sin perjuicio de la presencia de indicios de criminalidad mínimos, en lo que se denomina "peligro por la demora", en tanto fin constitucionalmente legítimo. El juicio de necesidad de la medida es básico. Es el riesgo fundado de que de no incautarse o secuestrarse un bien o cosa delictiva haría ineficaz la averiguación de la verdad -obstrucción de la investigación y del proceso en general- y en su caso las medidas de ejecución penal pertinentes. La incautación, precisamente, garantiza que no se desaparezcan u oculten tales bienes o cosas, con lo que se dificultaría su apreciación judicial como objeto de prueba o se frustraría el ulterior decomiso, si correspondiera, la

efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia se pondría en crisis.

C. Se requerirá previa orden judicial cuando el peligro por la demora, no es que sea inexistente, sino que en él no confluya la noción de urgencia y siempre que se trate de bienes objeto de decomiso (artículo 317° NCPP). Esta noción dice de la perentoriedad o necesidad inmediata, apremiante de la incautación; cuando el riesgo de desaparición del bien o cosa delictiva es más actual o grave. Si no se presenta esta situación fáctica será del caso pedir la orden judicial.

12°. La intervención judicial es imprescindible. Salvo el supuesto c) del parágrafo anterior, que requiere resolución judicial previa, el Juez tiene aquí la primera palabra, la regla es que ejecutada la medida por la Policía *motu proprio* o por decisión de la Fiscalía, el Juez de la Investigación Preparatoria debe dictar una resolución, que puede ser confirmatoria de la decisión instada por el Fiscal o desaprobatoria de la incautación policial-fiscal.

La regla general en la materia es que la decisión judicial se dicta sin trámite alguno -el mismo día o a más tardar al día siguiente-, salvo norma específica al respecto (artículos 203° y 254°.1 NCPP). En los dos supuestos de incautación, instrumental y cautelar, no se exige la celebración de una audiencia; sólo el previo traslado a las partes o sujetos procesales, en especial al afectado, si no existiere riesgo fundado de pérdida de finalidad de la medida -si el conocimiento de la posible incautación podría determinar la desaparición u ocultamiento del bien o cosa delictiva-.

Pero, por otro lado, es posible que el Juez, discrecionalmente, decida la realización de una audiencia. Disponer el traslado o realizar la audiencia es una decisión previa inimpugnable, opción que, en caso de revisión de la decisión final, no puede ser censurada por el Tribunal Superior, a menos que ponga en serio riesgo la finalidad procesal de la incautación o no persiga utilidad procesal alguna.

Ausencia de resolución judicial. Efectos procesales:

13°. La incautación siempre requiere de una resolución judicial, sea antes de su ejecución -excepción, parágrafo 10°, literal c)- o después de ella -regla general, parágrafo 10°, literales a) y b)-. En el último caso, la ausencia de la intervención y ulterior resolución judicial, al vulnerarse un requisito de la actividad procesal, importa un defecto cuya subsanación, empero, es posible. Un efecto distinto -de

nulidad absoluta e insubsanabilidad-, en cambio, tiene el primer supuesto, atento a su especial relevancia: sin resolución judicial no puede tener lugar legalmente una incautación.

La confirmación judicial debe solicitarse "inmediatamente" (artículo 203°.3 y 317°.2 NCPP). Esto último significa que entre el momento en que tiene lugar la incautación y que se presenta la solicitud de confirmación judicial no debe mediar solución de continuidad. Debe realizarse enseguida, sin tardanza injustificada, lo que será apreciable caso por caso, según las circunstancias concretas del mismo. La justificación de la tardanza se examinará con arreglo al principio de proporcionalidad.

La confirmación judicial constituye un requisito más de la incautación como actividad compleja que, sin embargo, sólo persigue dotarla de estabilidad instrumental respecto de la cadena de actos que pueden sucederse en el tiempo y que de uno u otro modo dependan o partan de él. Por tanto, la tardanza u omisión de la solicitud de confirmación judicial -al no importar la infracción de un precepto que determine la procedencia legítima de la incautación- no determina irremediablemente la nulidad radical de la propia medida ni su insubsanabilidad. El plazo para requerir la respectiva resolución jurisdiccional, en este caso, no es un requisito de validez o eficacia de la incautación -sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que acarrea al Fiscal omiso-. Su incumplimiento no está asociada, como consecuencia legalmente prevista, a específicas y severas sanciones procesales: nulidad absoluta o anulabilidad -requisito indispensable para anudar los efectos jurídicos correspondientes-.

14°. Siendo indispensable la intervención judicial, que es una condición previa para la valorabilidad de toda incautación desde la perspectiva probatoria, desde luego, no es posible utilizar como evidencia lo obtenido a través de la incautación mientras no se ha cumplido con el correspondiente control jurisdiccional. En estos casos, para decidir acerca de una petición concreta derivada o vinculada a la incautación la autoridad judicial debe realizar, con carácter previo pero en ese mismo acto, una evaluación de la legalidad de la incautación. De no ser posible el aludido examen por la necesidad de un debate más amplio, será del caso rechazar provisoriamente el requerimiento o la solicitud que, como dato esencial, se sustentó en la incautación a fin de definirla anticipadamente y, emitida la decisión respectiva, recién pronunciarse sobre su mérito.

Reexamen de la incautación:

15°. El afectado por una medida de incautación, instrumental o cautelar, que en ambos casos tiene la condición de interviniente accesorio, tiene dos opciones: interponer recurso de apelación o solicitar el reexamen de la medida. La institución del reexamen se asocia a la incorporación de actos de investigación o de algún elemento de convicción luego de la realización del acto mismo, que modifique la situación que inicialmente generó la incautación. Desde luego, si la incautación carece desde un inicio de los presupuestos materiales que la determinan será del caso interponer el respectivo recurso de apelación.

El tercero que alegue ser propietario de un bien incautado y que no ha intervenido en el delito, dice el artículo 319°.2 NCPP, puede solicitar el reexamen de la medida de incautación, a fin de que se levante y se le entregue el bien de su propiedad. Esta norma no significa que sólo tiene esta opción, pues muy bien, frente a la contundencia de la evidencia preexistente -no la que puede aportar con posterioridad a la incautación- puede intentar derechamente la apelación. El reexamen, por lo demás, importa un análisis de la medida a partir de nuevos indicios procedimentales o elementos de convicción; no controla la incautación sobre la base de las evidencias existentes cuando ésta se decretó o efectivizó." (Sic.)

192

§192. Incautación y el decomiso: Devolución del bien incautado al propietario ajeno al ilícito

Casación	103-2016-PUNO
Fecha	17 de mayo de 2017
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Pariona Pastrana, Neyra Flores, Calderón Castillo, Sequeiros Vargas, Figueroa Navarrete.
Disposiciones estudiadas	Arts. 102°, 103°, 218°-223° del CP.

RESUMEN:

*Queda establecido que solo resulta legítimo una limitación al derecho de propiedad mediante la **incautación o decomiso**, si el bien pertenece a uno de los procesados por el delito materia de investigación; contrario sensu si el propietario de un bien incautado demuestra fehacientemente que no tiene una vinculación objetiva con el delito investigado, entonces se trata de un tercero ajeno al ilícito que no prestó su consentimiento para su utilización, podrá solicitar la devolución del bien, el cual deberá concedérsele inmediatamente, o de necesitarse para la investigación del ilícito podrá postergarse su entrega hasta el fin del proceso -motivando la necesidad de su cautela.*

FUNDAMENTOS:

QUINTO: FUNDAMENTOS JURÍDICOS

5.1. Antes de referirnos en concreto al caso de autos, es necesario tener en consideración que el proceso penal está revestido de diversas garantías de reconocimiento constitucional que busca no solo otorgar al procesado un marco

de seguridad jurídica, sino en última instancia mantener un equilibrio entre la búsqueda de la verdad material y los derechos fundamentales del imputado, los cuales constituyen un límite al poder punitivo estatal, cuya protección y respeto no pueden ser ajenos a una justicia penal contemporánea. En tal contexto, las garantías constitucionales del proceso penal se erigen como límite y marco de actuación de la justicia penal.

5.2. En ese orden de ideas, la propiedad es un derecho fundamental reconocido constitucionalmente en el artículo 2, inciso 16, de la Constitución Política del Perú, es así que el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia señala que: "El derecho de propiedad es un derecho fundamental que guarda una estrecha relación con la libertad personal, pues a través de él se expresa la libertad económica que tiene toda persona en el Estado social y democrático de derecho. El derecho de propiedad garantiza la existencia e integridad de la propiedad (corporal o incorporal) para el propietario, así como la participación del propietario en la organización y el desarrollo de un sistema económico-social. De ahí que en el artículo 70° de la Constitución se reconozca que el "derecho de propiedad es inviolable" y que el "Estado lo garantiza". [STC. Exp. N° 03258-2010-PA/TC, Caso Torres Fernández, fundamento jurídico N° 2].

5.3. En ese sentido, el derecho de propiedad es un derecho fundamental de todo ser humano debidamente reconocido por nuestra Constitución Política, motivo por el cual el Estado debe proteger su goce y ejercicio en libertad. Sin embargo, todo derecho fundamental a pesar de su importancia encuentra ciertos límites y restricciones, pues en el caso del derecho a la propiedad se pueden encontrar los siguientes supuestos establecidas por ley: la expropiación, incautación y decomiso. En el caso materia de casación resulta de interés determinar los límites del derecho a la propiedad respecto a las figuras de incautación y decomiso, que están reguladas por ley -Código Penal-.

5.4. Asimismo, la incautación es una de las limitaciones al derecho de propiedad, que está regulado en los artículos 218 a 223 del Código Procesal Penal; así también, ha sido materia de desarrollo en el Acuerdo Plenario N° 5-2010/CJ- 116, en el cual se ha precisado sus alcances, características y objetivos. Así, la incautación es una medida cautelar de carácter real, por lo que recae en el patrimonio del imputado o en todo caso sobre bienes jurídicos patrimoniales, limitándolos con la finalidad de impedir que, durante el proceso, determinadas actuaciones dañosas o perjudiciales por parte del imputado, afecten la efectividad de las sentencias con relación a las consecuencias jurídicas de carácter económico del delito o en cuanto a la propia eficacia del proceso.

5.5. Es de precisar que el Acuerdo Plenario antes señalado precisa en su fundamento jurídico N°9 que cuando se trate de:

i. Efectos del delito -son los objetos producidos mediante la acción delictiva, como el documento o la moneda falsa, así como las ventajas patrimoniales derivadas del hecho punible, como el precio del cohecho, el del delincuente a sueldo, o la contraprestación recibida por el transporte de droga, etc-.

ii. Instrumentos del delito -son los objetos que, puestos en relación de medio a fin con la infracción, han servido para su ejecución, tales como el vehículo utilizado para el transporte de la mercancía, el arma empleada, etc-, o;

iii. objetos del delito -son las cosas materiales sobre las que recayó la acción típica, como por ejemplo las cosas hurtadas o robadas, armas o explosivos en el delito de tenencia ilícita de las mismas, la droga en el delito de tráfico ilícito de drogas, etc-; la incautación cautelar precede al decomiso como consecuencia accesoria que se dictará en la sentencia -artículo 102 del Código Penal-.

5.6. El decomiso regulado en los artículos 102 y 103 de nuestro Código Penal, establece que el juez resuelve el decomiso de los instrumentos con que se hubiere ejecutado el delito, aun cuando pertenezcan a terceros, salvo cuando estos no hayan prestado su consentimiento para su utilización o que exista un proceso autónomo para ello. En tal sentido, al ser esta medida jurídica un límite al derecho constitucional de propiedad merece ser dictado como toda decisión judicial debidamente motivada, pasando por un análisis, donde se verifique si resulta proporcional o no el comiso.

5.7. En esa línea, el Tribunal Constitucional ha señalado que: "(...) en los casos en que se encuentra objetivamente acreditada la no vinculación absoluta del propietario del vehículo con los hechos investigados, el mantenimiento de la medida de incautación sobre el vehículo, más allá de la necesaria etapa investigadora constituye una limitación ilegitíma en el derecho a la propiedad, por lo que corresponde su devolución." [Exp. N° 02989-2012 PA/TC, fundamento jurídico N° 7]. Asimismo, el Supremo Tribunal estableció que: "(...) solo en los casos en los que una persona se encuentra procesada (sea en la condición de autor, coautor, cómplice, etc.), puede resultar legítimo incautar sus bienes, por ejemplo, los vehículos (...)" [Exp. N° 02989-2012PA/ TC, fundamento jurídico N° 8]

5.8. En ese sentido, queda establecido que solo resulta legítimo una limitación al derecho de propiedad mediante la incautación o decomiso, si el bien pertenece a uno de los procesados por el delito materia de investigación; contrario sensu si el propietario de un bien incautado demuestra fehacientemente que no tiene una vinculación objetiva con el delito investigado, entonces se trata de un tercero ajeno al ilícito que no prestó su consentimiento para su utilización, podrá solicitar la devolución del bien, el cual deberá concedérsele inmediatamente, o de necesitarse para la investigación del ilícito podrá postergarse su entrega hasta el fin del proceso -motivando la necesidad de su cautela-. Asimismo, este Supremo Tribunal [STC N° 382-2013-PUNO] ha establecido como doctrina jurisprudencial, que los bienes -muebles o inmuebles- pese a ser efecto, instrumento u objeto del delito, si resultan legales y de propiedad de un tercero ajeno al ilícito cometido, deben ser devueltos de inmediato, salvo sean necesarios para la investigación, en cuyo caso su devolución se dará al finalizar el proceso.

193

§193. Reglas para la devolución del bien incautadoz

Casación	136-2015-CUSCO
Fecha	04 de abril de 2017
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Neyra Flores
Jueces Supremos	Pariona Pastrana, Neyra Flores, Sequeiros Vargas, Figueroa Navarro, Chávez Mejía.
Disposiciones estudiadas	Arts. 217°-222° del NCPP; y art. 13° de la Ley 28008 (Delitos aduaneros)
Fundamentos jurídicos vinculantes	10°, 14°, 26°, 27° y 28°.

RESUMEN:

Conforme al Código Procesal Penal, se tienen dos momentos bien definidos dentro de la investigación preparatoria, esto es la Investigación preparatoria no formalizada o también llamada diligencias preliminares, y de otro lado la investigación preparatoria formalizada. A partir del segundo momento corresponde al juez de la investigación preparatoria levantar la incautación disponiendo la devolución de los bienes afectados, pues ya tiene un control jurisdiccional. En el primer momento en diligencias preliminares, por la autonomía del Ministerio Público, si el fiscal luego de haber trabado la incautación decide no formalizar la investigación preparatoria (es decir, archivar el caso), inicialmente lo único que quedaría al agraviado es recurrir al fiscal superior, conforme al numeral primero del artículo 334º del Código Procesal Penal, y si lo apruebe, el procedimiento habrá concluido y de no ser intrínsecamente delictivo el bien, solicitarle al fiscal provincial su devolución y en caso negativo requerir al juez de investigación preparatoria un control de legalidad.

Pero si no existe un archivo definitivo de la investigación que descarte lo intrínsecamente delictivo del vehículo, porque aún no se ha podido determinar el origen lícito al no contar con la documentación que sustente sus características.

Por lo que a pesar que frente a un archivo definitivo (en otra jurisdicción) por no formalización de investigación preparatoria consentida o aprobado por el Fiscal Superior, el Juez de la Investigación Preparatoria tiene la facultad de decidir sobre la devolución del bien incautado cuando su naturaleza no es intrínsecamente delictiva, continuando en esclarecimiento fiscal, ***no resulta conforme a ley la devolución del mismo****, debiendo ser la administración aduanera quien mantenga el depósito del vehículo.*

FUNDAMENTOS:

I. ***Del ámbito de la casación.***

PRIMERO. Conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas cuarenta y seis del cuaderno formado en este Supremo Tribunal, del veintiuno de agosto de dos mil quince, el motivo de casación admitido es: i) Establecer si es acorde a Ley que el juez para efectos de devolver el vehículo incautado por delito de contrabando tenga que exigir una sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento, o si con la disposición de archivo de la investigación preliminar se cumple este requisito; y, ii) Determinar cuándo se está ante un bien intrínsecamente delictivo en el caso de automóviles incautados por delitos de contrabando, es decir, si es que se puede devolver el bien al tercero que lo adquiere de buena fe o si en todos los casos los debe tener bajo custodia la Administración Aduanera.

II. ***Del pronunciamiento de la Sala de Apelación.***

SEGUNDO. La Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cusco, argumenta que:

(i) La incautación en su acepción legal es la desposesión de los bienes por parte de la autoridad competente que se realiza por razones de haberse cometido un ilícito penal. Con relación al concepto de incautación realizado por la Corte Suprema de la República referido a la institución que se ha desarrollado en el nuevo Código Procesal Penal, se tiene que el Acuerdo Plenario 5-2010, lo preceptúa como una medida procesal realizada por un acto de la autoridad que limita

las facultades de dominio respecto de bienes o cosas relacionadas con el delito, que tiene como finalidad evitar el ocultamiento de bienes sujetos a decomiso o el impedimento u obstaculización de la verdad. La incautación en el Código Procesal Penal ha sido asumida tanto en la Sección II referida a la Prueba, Título III Búsqueda de Pruebas y restricción de Derechos; Capítulo VI sobre la Incautación, artículos 218 al 223; como en la Sección III, sobre Medidas de Coerción; Título X la Incautación (medida de coerción real), artículos 316 al 320.

(ii) En el presente caso, la Fiscal en su alegato oral ha sustentado que estos mismos hechos han sido de conocimiento del Ministerio Público en la Carpeta Fiscal N°1036-2010-MP-PFSPA-C, de fecha 13 de Octubre del año 2010,mediante la cual la Primera Fiscalía Superior del Cusco, analiza la Disposición de Archivamiento emitido por la Segunda Fiscalía Penal Corporativa del Cusco, pronunciándose por su confirmatoria.

(iii) Los hechos que amerita la denuncia por el Intendente de Aduana Cusco, son del 02 de mayo del 2014 e idénticos a los suscitados el 10 de julio del año 2010, y que generó la Carpeta Fiscal N°1036-2010, resultando evidente que ya han sido investigados y han merecido un pronunciamiento de fondo, mediante la Disposición de Archivamiento Definitivo N°02-2010-2FPPCC de fecha 20 de setiembre del año 2010,donde se ha concluido que no existe delito, que ha sido confirmado por el superior del Ministerio Público.

(iv) La defensa técnica del imputado manifiesta que el vehículo incautado es de su propiedad al haberlo adquirido de sus anteriores propietarios y progenitores Juan Sandía Cevallos y Olimpia Peceros Amable, unidad motorizada que la destina al acarreo de materiales de construcción, conduciéndolo personalmente para luego ser intervenido por la PNP y de la Intendencia de Aduanas del Cusco el día 02 de mayo del 2014, solicitando su devolución, para que las investigaciones a nivel de fiscalía continúen y por ello recurrir al Juzgado de Investigación Preparatoria del Cusco para la procedencia de la devolución del vehículo incautado concluyendo su alegato final solicitando se confirme el auto recurrido.

(v) En consecuencia no existe fundamento fáctico ni legal para mantener vigente la incautación del vehículo, correspondiendo confirmar la apelada. Además en la investigación preliminar los hechos en contra del procesado han merecido el archivamiento definitivo con la autoridad de cosa decidida. III. Del motivo casacional

TERCERO: ***El primer motivo de casación admitido está referido a establecer si es acorde a Ley que el juez para efectos de devolver el vehículo incautado por delito de contrabando tenga que exigir una sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento, o si con la disposición de archivo de la investigación preliminar se cumple este requisito***; pues en el presente caso, la Sala Superior confirma Resolución del veintiocho de octubre del dos mil catorce que declaró fundada la solicitud de devolución de vehículo de Eriks Franklin Andía Peceros y ORDENA a la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria del Cusco DEVUELVA en el día dicho vehículo, a mérito que el Ministerio Público dispuso la No procedencia de formalización y continuación de la investigación Preparatoria en contra de Eriks Franklin Andía Peceros y otros; no obstante, el segundo párrafo de la Ley 28008 (Delitos Aduaneros) prohíbe la entrega o devolución de las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito de Contrabando, así como de los medios de transporte o cualquier otro instrumento empleados para la comisión del mismo, en tanto no medie sentencie absolutoria o auto de sobreseimiento proveniente de resolución firme que disponga su devolución dentro del proceso seguido por la comisión de delitos aduaneros.

CUARTO. El Acuerdo Plenario 5-2010/CJ-116 del dieciséis de noviembre de dos mil diez efectúa un desarrollo respecto a dos tipos de incautación:

i) la incautación instrumental, que se encuentra contenida en el artículo 218° del Código Procesal Penal, recaída contra bienes que constituyan cuerpo del delito que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados; y

ii) la incautación cautelar, contenida en los artículos 316° y siguientes del Código Procesal Penal, que incide en los efectos provenientes de la infracción penal, en los instrumentos con los que se ejecutó y en los objetos del delito.

QUINTO. En este sentido, debemos primero determinar cuál es la norma legal aplicable al caso concreto de esta fi gura de carácter eminentemente procesal. La incautación en el Código Procesal Penal (D.L. N°957) ha sido desarrollada en

los artículos 218° al 223° (como mecanismo de restricción de derechos), así como en los artículos 316° al 320° (medida de coerción real). De otro lado, tenemos también la Ley de los Delitos Aduaneros (Ley N°28008), que en su artículo 13°, modificado por el Decreto Legislativo N°1111 del 29 de junio 2012, desarrolla la institución de la Incautación para los casos de Delitos Aduaneros.

SEXTO. Así, el artículo doscientos veintidós del Código Procesal Penal señala que: "El Fiscal y la Policía con conocimiento del primero podrá devolver al agraviado o a terceros los objetos incautados o entregar los incautados que ya fueron utilizados en la actividad investigadora, con conocimiento del Juez de la Investigación Preparatoria. Asimismo podrá devolverlos al imputado si no tuvieren ninguna relación con el delito. La devolución podrá ordenarse provisionalmente y en calidad de depósito, pudiendo disponerse su exhibición cuando fuera necesario. (...)." Lo cual se complementa con el artículo trescientos diecinueve del mismo texto cuando señala: "**a)** Si varían los presupuestos que determinaron la imposición de la medida de incautación, ésta será levantada inmediatamente, a solicitud del Ministerio Público o del interesado. **b)** Las personas que se consideren propietarios de buena fe de los bienes incautados y que no han intervenido en el delito investigado, podrán solicitar el reexamen de la medida de incautación, a fi n que se levante y se le entreguen los bienes de su propiedad. **c)** Los autos que se pronuncian sobre la variación y el reexamen de la incautación se dictarán previa audiencia, a la que también asistirá el peticionario. Contra ellos procede recurso de apelación. Rige, en lo pertinente, lo dispuesto en el numeral 2) del artículo 278 y en los numerales 2) y 3) del artículo 279." Adicionalmente se tiene lo prescrito por el primer inciso del artículo trescientos veinte del mismo cuerpo legal, que refiere "Dictada sentencia absolutoria, auto de sobreseimiento o de archivo de las actuaciones, los bienes incautados se restituirán a quien tenga derecho, salvo que se trate de bienes intrínsecamente delictivos. El auto, que se emitirá sin trámite alguno, será de ejecución inmediata."

SÉPTIMO. De otro lado, el Artículo 13° de la Ley N°28008 (Delitos Aduaneros) tiene relevancia para el caso concreto, cuyo tenor es el siguiente: "El Fiscal ordenará la incautación y secuestro de las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito, así como los instrumentos utilizados para la comisión del mismo, los que serán custodiados por la Administración Aduanera en tanto se expida el auto de sobreseimiento, sentencia condenatoria o absolutoria proveniente de resolución firme, que ordene su decomiso o disponga su devolución al propietario. Queda prohibido bajo responsabilidad, disponer la entrega o devolución de las mercancías, medios de

transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito, así como de los medios de transporte o cualquier otro instrumento empleados para la comisión del mismo, en tanto no medie sentencie absolutoria o auto de sobreseimiento proveniente de resolución firme que disponga su devolución dentro del proceso seguido por la comisión de delitos aduaneros. (...)".

OCTAVO. Ambas normas jurídicas regulando la "Incautación", ya han sido abordadas por esta Sala Penal Suprema en la Casación N°342-2011-Cusco, señalando: "En atención al principio de especialidad, debemos precisar que si bien, bajo dicho principio, la norma especial prima sobre la norma general; también lo es que respecto a estas dos normas que colisionan, materia del presente recurso casatorio, **se advierte que la Ley número veintiocho mil ocho se limita a señalar la facultad del Fiscal respecto a la incautación y secuestro de bienes, y la disposición de que sea la administración aduanera quien lo custodie; sin embargo, no establece un procedimiento específico**, en tanto resulta cierto que es el Ministerio Público titular de la acción penal, quien tiene la carga de la prueba y asume la conducción de la investigación desde su inicio, conforme así lo prevé el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal; no obstante, debe tenerse en cuenta que este nuevo modelo procesal reforzó la función investigadora del Ministerio Público, también lo es que, en forma similar ha dotado al juzgador de efectivos poderes de control de la etapa de investigación, entre otros, la vigilancia a la Policía Nacional y el Fiscal para que cumplan con garantizar los derechos de las personas comprendidas en una investigación; como así lo establece el artículo V del Título Preliminar del Código acotado que expresa que al órgano jurisdiccional no sólo le corresponde la dirección de la etapa intermedia y de juzgamiento, sino emita resoluciones previstas en la ley".

NOVENO. En igual sentido esta Corte Suprema en el auto de calificación de casación 66-2011-Cusco, (15.08.11) ha señalado que: "se colige que la norma legal aduanera pone una restricción a la incautación de las mercaderías que constituyen objeto material del delito - referida al valor pecuniario de estas- por tanto, en el presente caso resulta evidente que el valor del vehículo incautado - camión, marca Mitsubishi, modelo Fuso, año mil novecientos noventa y seis - excede dicho monto, no resultando de aplicación la Ley de Delitos Aduaneros; a mayor abundamiento, debe precisarse que el artículo trescientos veinte inciso uno del Código Procesal Penal resulta concluyente al señalar que "...dictada sentencia absolutoria, auto de sobreseimiento o de archivo de las actuaciones, los bienes incautados se restituirán a quien tenga derecho, salvo que se trate de bienes intrínsecamente delictivos...", por tanto, en los casos en que se haya dado

por finalizada la investigación preparatoria con la consiguiente declaración de archivo, los bienes que hayan sido materia de incautación deben ser devueltos en virtud a la norma procesal penal que tiene preeminencia, más aún si la forma y procedimiento al respecto se encuentra debidamente regulada en dicho Cuerpo Legal."

DÉCIMO. Así también, conforme al Código Procesal Penal, se tienen dos momentos bien definidos dentro de la investigación preparatoria, esto es la Investigación preparatoria no formalizada o también llamada diligencias preliminares, y de otro lado la investigación preparatoria formalizada. A partir del segundo momento corresponde al Juez de la Investigación Preparatoria levantar la incautación disponiendo la devolución de los bienes afectados, pues ya tiene un control jurisdiccional. En el primer momento en diligencias preliminares, por la autonomía del Ministerio Público, si el fiscal luego de haber trabado la incautación decide no formalizar la investigación preparatoria (es decir, archivar el caso), inicialmente lo único que quedaría al agraviado es recurrir al fiscal superior, conforme al numeral primero del artículo 334 del Código Procesal Penal, y si lo apruebe, el procedimiento habrá concluido y de no ser intrínsecamente delictivo el bien, solicitarle al Fiscal Provincial su devolución y en caso negativo requerir al Juez de Investigación Preparatoria un control de Legalidad. La doctrina nacional reafirma, *"Como puede verse, en este último supuesto, resulta excesivo el contenido del artículo 13° de la Ley 28008, en cuanto estipula que el fi cal no puede disponer la devolución de los bienes incautados, puesto que en estos casos, el fiscal es la única autoridad competente para resolver lo conveniente al respecto, no resultando conforme a la Constitución esta disposición de la ley anotada en cuanto pretende otorgar facultades a la administración aduanera para pronunciarse sobre actuaciones propias de la Investigación del delito que solo son de competencia del Ministerio Público y de los Jueces."*

DÉCIMO PRIMERO. En consecuencia, respecto a la incautación como institución procesal, para el caso en concreto, corresponde aplicar los artículos doscientos dieciocho al doscientos veintidós, así como también trescientos diecinueve y trescientos veinte, todos del Código Procesal Penal, por desarrollar mejor el procedimiento para la devolución de bienes incautados, y que autoriza un control por el Juez de Investigación Preparatoria.

DÉCIMO SEGUNDO. El recurso de casación por su naturaleza extraordinaria tiene como fi n el resguardo del principio de igualdad ante la Ley, a efectos de asegurar la interpretación unitaria de la ley penal o procesal penal, en concordancia sistemática con el ordenamiento jurídico. Por lo que, haciendo

tal interpretación de las normas glosadas, en el caso concreto debemos entender que ya sea porque variaron los presupuestos que determinaron la imposición de la medida, o porque los bienes incautados ya fueron utilizados en la actividad investigadora; el Ministerio Público, o un interesado pueden solicitar ante el Juez de la Investigación Preparatoria el reexamen de la medida a efectos de que se ordene la devolución del bien incautado al imputado. Ahora bien, como señala el artículo trescientos veinte, se exige un especial requisito para la devolución del bien incautado a quien tenga derecho sobre él (caso del imputado) esto es, que haya sido dictada sentencia absolutoria, auto de sobreseimiento o de archivo de las actuaciones, y que no se traten de bienes intrínsecamente delictivos.

DÉCIMO TERCERO. En este sentido se ha referido la Casación N°45-2012, cuando señala "Concluyendo, que el artículo trece de la ley número veintiocho mil ocho, no abarcaba todo el procedimiento a seguir como consecuencia de la incautación de bienes objeto de delitos, ni hacía referencia sobre la responsabilidad que tiene el juzgador de confirmar la incautación que en un inicio dispuso el representante del Ministerio Público, conforme lo establece el artículo doscientos dieciocho del Código Procesal Penal. Entonces se tiene que los vehículos incautados si bien quedan bajo la custodia de la Administración Aduanera por disposición del Fiscal, ello debe ser así hasta que se expida el auto de sobreseimiento, sentencia condenatoria o absolutoria proveniente de resolución firme que ordene su decomiso o disponga su devolución; limitándose la función de dicha entidad a la custodia del bien, no siendo este quien determine el futuro del bien incautado; sino es el Juez quien reexamina y dispone la devolución del bien, quedando esto como doctrina jurisprudencial"

DÉCIMO CUARTO. En el caso concreto, originalmente existió una disposición de no formalización y continuación de investigación preparatoria; archivo de la investigación que fue aprobado por el Fiscal Superior, pero actualmente por los mismos hechos existe una investigación en la Fiscalía Provincial de Arequipa, por lo que sigue en discusión si el carácter del bien es intrínsecamente delictivo, por lo que de haberse descartado definitivamente tal carácter del bien, la cosa decidida del Ministerio Público debe generar seguridad jurídica penal y real y por lo tanto la devolución definitiva del bien.

DÉCIMO QUINTO. El segundo motivo de casación admitido está referido a Determinar cuándo se está ante un bien intrínsecamente delictivo en el caso de automóviles incautados por delitos de contrabando, es decir, si es que se puede devolver el bien al tercero que lo adquiere de buena fe o si en todos los casos los debe tener bajo custodia la Administración Aduanera. A efectos de determinar

si el auto recurrido se pronunció conforme a Derecho y por lo tanto devolver el bien DÉCIMO SEXTO. La interrogante de cuándo nos encontramos ante bienes intrínsecamente delictivos, obedece a un debate de naturaleza sustantiva, y no procesal como el caso de la incautación, por lo que hemos de remitirnos al Código Penal y a la Ley N°28008 de Delitos Aduaneros.

DÉCIMO SEPTIMO. El segundo párrafo del artículo 102° del Código Penal prescribe como una consecuencia accesoria del delito, que el Juez también dispone el decomiso de los "bienes intrínsecamente delictivos", los que serán destruidos. El artículo 13° de la Ley de Delitos Aduaneros hace referencia a la prohibición de disponer la entrega o devolución de las "mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito".

DÉCIMO OCTAVO. El objeto del delito es la persona o cosa sobre quien recae la ejecución del delito, pudiendo ser los sujetos pasivos, las cosas inanimadas o los animales mismos. Siendo en el presente caso el vehículo automotor referido a si su naturaleza es intrínsecamente delictiva.

DÉCIMO NOVENO. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley N°28008, constituyen modalidades del delito de Contrabando las siguientes:

a) Extraer, consumir, utilizar o disponer de las mercancías de la zona primaria delimitada por la Ley General de Aduanas o por leyes especiales sin haberse autorizado legalmente su retiro por la Administración Aduanera.

b) Consumir, almacenar, utilizar o disponer de las mercancías que hayan sido autorizadas para su traslado de una zona primaria a otra, para su reconocimiento físico, sin el pago previo de los tributos o gravámenes.

c) Internar mercancías de una zona franca o zona geográfica nacional de tratamiento aduanero especial o de alguna zona geográfica nacional de menor tributación y sujeta a un régimen especial arancelario hacia el resto del territorio nacional sin el cumplimiento de los requisitos de Ley o el pago previo de los tributos diferenciales.

d) Conducir en cualquier medio de transporte, hacer circular dentro del territorio nacional, embarcar, desembarcar o transbordar mercancías, sin haber sido sometidas al ejercicio de control aduanero.

e) Intentar introducir o introduzca al territorio nacional mercancías con elusión o burla del control aduanero utilizando cualquier documento aduanero ante la Administración Aduanera.

VIGÉSIMO. El tema de la delictividad intrínseca, sustancial o constitutiva de un bien, ya ha sido materia de pronunciamiento por la Corte Suprema de Justicia en la Casación N°113-2013-Arequipa de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (16.09.2014) señalando que: "*En el presente caso, el texto de la Ley ha dispuesto que si un vehículo que es incautado por estar incurso en un acto de contrabando, y al no haberse acreditado judicialmente el delito, este debe ser devuelto; sin embargo, cuando el bien producto del contrabando (en este caso el vehículo) es intrínsecamente, sustancialmente o constitutivo de un delito no resulta razonable que este sea devuelto para su tráfico (comercialización, venta, alquiler, etc.), pues este vehículo al no tener D.U.A. -Declaración única de Aduanas-, no se puede determinar su lícita procedencia, en tal medida, no puede ser devuelto o entregado a la persona a quien se le incautó, sino a quien tenga legítimo derecho sobre el mencionado bien, entonces, necesariamente quien tiene derecho a que se le restituya o entregue el bien por las circunstancias del caso es al Estado Peruano, representado en este caso por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), desarrollándose interpretativamente por extensión el artículo 320 inciso 1 del Nuevo Código Procesal Penal cuando establece que "tratándose de bienes intrínsecamente delictivos, no procede su restitución o devolución al procesado"*."

VIGÉSIMO PRIMERO. En igual sentido se pronuncia la Casación N°136-2013-Tacna de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (11.06.2014) cuando señala: "Analizando lo actuado se puede determinar que el bien objeto de la investigación resulta – en apariencia - ser intrínsecamente delictivo, dado que no existe concordancia en la ficha de inscripción registral, donde los datos consignados no concuerdan, por lo que dicho bien no es lícito al no contar con la documentación que sustente sus características. (...) Si bien el recurrente ha sostenido su pedido, en el principio de la fe registral y su adquisición como tercero de buena fe, no es posible amparar esa propuesta y dejar de lado que dicha adquisición se centra sobre un bien ilícito que no puede, por tanto, circular legalmente, más aun si se ha establecido que cuando un bien es intrínsecamente delictivo, el decomiso es obligatorio. Cabe indicar también que el procedimiento para la incautación de los bienes relacionados con delitos aduaneros posee una regulación particular en la ley de la materia, que debe ser tomada en cuenta por los operadores jurídicos."

VIGÉSIMO SEGUNDO. En la Casación N°342-2011- Cusco de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (02.07.2013), se señaló que: "Si bien el peritaje determinó que las series del motor y chasis fueron regrabadas, y sumado a que la Procuraduría sostuvo que el vehículo ingresó al país sin el pago de Declaración Única de Aduanas-DUA; sin embargo, la parte agraviada no acreditó que la DUA con la que cuenta el vehículo sea falsa o haya sido utilizada por otra unidad, es más se encontró información coincidente con la DUA presentada, por lo que el hecho que el motor y chasis tenga una numeración regrabada, ello no está relacionado con la DUA; máxime si no está en cuestionamiento el ingreso del vehículo sin el pago respectivo".

VIGÉSIMO TERCERO. Debemos destacar que en el presente caso, el ingreso del vehículo sin el pago respectivo y la placa regrabada es lo que se pone en cuestión y fueron los motivos para proceder con la incautación del mismo, conforme a los hechos delictivos que continúan atribuyéndose por el Ministerio Público, cuya investigación continúa.

VIGÉSIMO CUARTO. De lo anotado precedentemente, debe entenderse que para el caso de vehículos, un bien resulta intrínsecamente delictivo de Contrabando cuando se presente cualquiera de los supuestos típicos descritos en el considerando Décimo Noveno.

VIGÉSIMO QUINTO. En el caso, tenemos que a pesar que se dispuso el archivo de la investigación por presunto delito de Contrabando en sede fiscal, sin embargo en la Disposición Fiscal Superior N°203-2014- MP-2FSPA-CUSCO quedo expresa mención que se dejaba a salvo el derecho del recurrente (SUNAT) para formular nuevamente su denuncia, motivo por el cual nuevamente procedió a formularla generando la Carpeta Fiscal N°892-2014, y que mediante la Disposición N°02 obrante a fojas 197 del cuaderno de Confirmatoria de Incautación, se ordenó derivar los actuados a la Fiscalía Provincial Penal de Arequipa, señalando entre sus fundamentos: "Si bien es cierto, que en el presente caso, el vehículo objeto de investigación fue incautado por la Administración Aduanera en el Cusco, sin embargo, de acuerdo con lo establecido en el Inciso 3 del Artículo 21° del Código Procesal Penal aplicable extensivamente a la etapa de investigación preliminar: "la competencia por razón de territorio se establece...: 3. Por el lugar donde se descubrieron las pruebas materiales del delito...", en este caso en la ciudad de Arequipa donde se realizó legalmente la primera inscripción en registros públicos. Del mismo modo, considerando que existen elementos de convicción del delito de Contrabando, pero que no se ha determinado el lugar de su comisión (por donde ingresó ilegalmente a territorio nacional), sin embargo se ha establecido

que los efectos del delito de Contrabando se produjeron en la ciudad de Arequipa, lugar en donde se logró la inscripción en los Registros Públicos de Arequipa con documentación presuntamente falsa, hecho del que además derivaría el delito de falsificación de documentos públicos, (...)".

VIGÉSIMO SEXTO. De lo que se colige que la licitud de la obtención del vehículo en mención sigue puesta a debate, no habiéndose desvirtuado aún la delictuosidad intrínseca del mismo, si es que para el Ministerio Público, que conduce las diligencias preliminares e Investigación Preparatoria Formalizada continúa en tal función, para que se establezca si efectivamente dicho bien constituye materia de contrabando, al haber sido presuntamente ingresado al territorio nacional vulnerando el control aduanero, y que no existe disposición fiscal definitiva que desvirtúe la comisión de un delito y que el bien no sea intrínsecamente delictivo.

VIGÉSIMO SÉPTIMO. En ese sentido, para el caso de vehículo automotor descrito en "I. Fundamentos de Hecho", dentro del apartado "Itinerario de la causa en primera instancia", punto Primero, Placa de Rodaje V3J- 838, incautado por delito de contrabando, conforme a la descripción típica prevista en el artículo 2° de la Ley N°28008 –Ley de Los Delitos Aduaneros- conforme lo desarrollamos en el punto "II. Fundamentos de Derecho", considerando décimo noveno, resulta ser intrínsecamente delictivo, cuando las conductas se subsumen en cualquiera de las conductas típicas que prevé tal disposición.

VIGÉSIMO OCTAVO. El vehículo automotor del caso concreto cuenta con inscripción en registros públicos y viene siendo objeto de investigación en el Distrito Fiscal de Arequipa, por ser ahí donde se procedió a su inscripción, no cuenta con grabación original de chasis (regrabado) conforme al peritaje realizado; por lo que no existe un archivo definitivo de la investigación que descarte lo intrínsecamente delictivo del vehículo, porque aún no se ha podido determinar el origen lícito al no contar con la documentación que sustente sus características. Por lo que a pesar que frente a un archivo definitivo por no formalización de investigación preparatoria consentida o aprobado por el Fiscal Superior, el Juez de la Investigación Preparatoria tiene la facultad de decidir sobre la devolución del bien incautado cuando su naturaleza no es intrínsecamente delictiva, continuando en esclarecimiento Fiscal, no resulta conforme a ley la devolución del mismo, debiendo ser la administración aduanera quien mantenga el depósito del vehículo.

194

§194. Precisiones sobre la Incautación

Casación	646-2014-SULLANA
Fecha	16 de marzo de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Neyra Flores.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Arts. 218° -225° y 316°-320° del NCPP, Ley N°28008.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	9° al 19°

RESUMEN:

Los supuestos de los artículos 319[146] y 320[147] del Código Procesal Penal no se contraponen a la Ley número 28008; al contrario, la complementan, pues regulan

---

[146] **"Artículo 319.- Variación y reexamen de la incautación**

a) Si varían los presupuestos que determinaron la imposición de la medida de incautación, ésta será levantada inmediatamente, a solicitud del Ministerio Público o del interesado.

b) ***Las personas que se consideren propietarios de buena fe de los bienes incautados y que no han intervenido en el delito investigado, podrán solicitar el reexamen de la medida de incautación, a fin que se levante y se le entreguen los bienes de su propiedad.*** (*)RECTIFICADO POR FE DE ERRATAS

c) Los autos que se pronuncian sobre la variación y el reexamen de la incautación se dictarán previa audiencia, a la que también asistirá el peticionario. Contra ellos procede recurso de apelación. Rige, en lo pertinente, lo dispuesto en el numeral 2) del artículo 278 y en los numerales 2) y 3) del artículo 279."

[147] **Artículo 320 Pérdida de eficacia de la incautación.-**

1. Dictada sentencia absolutoria, auto de sobreseimiento o de archivo de las actuaciones, los bienes incautados se restituirán a quien tenga derecho, salvo que se trate de bienes intrínsecamente delictivos. El auto, que se emitirá sin trámite alguno, será de ejecución inmediata.

2. La restitución no será ordenada si, a solicitud de las partes legitimadas, se deben garantizar -cuando corresponda- el pago de las responsabilidades pecuniarias del delito y las costas.

los supuestos en que el juez puede devolver los bienes incautados, por ello, sí está plenamente vigente en todo el país.

FUNDAMENTOS:

1. ASPECTOS GENERALES

PRIMERO. Conforme a la Ejecutoria Suprema del diecisiete de abril de dos mil quince -calificación de casación-, del cuadernillo formado en esta instancia, el motivo de casación admitido está referido al desarrollo de doctrina jurisprudencial, en relación con la causal de inobservancia de una norma legal de carácter procesal sancionada con nulidad. En ese sentido, debe desarrollarse doctrina jurisprudencial respecto al artículo trece de la Ley de Delitos Aduaneros que establece la prohibición de entregar o devolver los medios de transporte empleados para la comisión del delito, en tanto no medie sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento proveniente de resolución firme que disponga la devolución, dentro del proceso seguido por la comisión de delitos aduaneros; en el sentido que no fue derogada tácitamente con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal contenido en el Decreto Legislativo Novecientos cincuenta y siete en el Distrito Judicial de Piura.

SEGUNDO. Se imputa que el veintidós de febrero de dos mil trece, a las catorce con diez horas, personal policial del escuadrón verde a la altura de la carretera Panamericana Norte (inmediaciones del ex peaje Piura Sullana y el Asentamiento Humano Villa Hermosa) intervino el vehículo de placa de rodaje número BOZ-novecientos diecisiete, camión marca JAC, de color azul y blanco, carrocería cisterna, de propiedad de la Empresa ROCARSIL E. I. R. L., que era conducido por Daniel Julio Tejada Briceño, verificándose que transportaba combustible petróleo en tres compartimentos acondicionados en su estructura, el mismo que hacia un aproximado de 3000 galones, al parecer de procedencia ecuatoriana, por lo que se determina la presunta comisión del delito de contrabando previsto en el artículo seis de la citada Ley.

2. FUNDAMENTOS DE LOS ACTOS PROCESALES RELATIVOS AL CASO

TERCERO. El Juez de la Investigación Preparatoria, al emitir su resolución que declara fundado el requerimiento de confirmación de incautación, se sustenta en que es necesario para el esclarecimiento del evento criminoso,

persiguiendo como única finalidad asegurar los elementos materiales de su comisión, Código Procesal Penal.

CUARTO. El Juez de la Investigación Preparatoria para declarar improcedente la solicitud de reexamen de la incautación, se basó en que la devolución de los bienes incautados en delitos aduaneros debe efectuarse cuando se expidan la resolución de sobreseimiento o absolución, lo cual no sucede en al caso, ya que como lo señala el fiscal, se trata de una investigación preparatoria aún en trámite.

QUINTO. Para revocar esta medida, la Sala de Apelaciones fundamentó su decisión en que:

i) La Fiscalía de la Nación, a través de su oficina de asesoría jurídica, expidió el oficio número 970-2013-MP-FN-OAJ, del veinticuatro de octubre de dos mil trece, que señala que el artículo 13 de la Ley 28008 se encuentra derogado por los artículos 316 al 320 del Código Procesal Penal.

ii) Es excesivo el contenido del artículo 13 de la Ley número 28008, en cuanto estipula que el fiscal no puede disponer la devolución de los bienes incautados, pues es la única autoridad que puede resolverlo, no es constitucional que se le otorgue facultades a la administración aduanera para pronunciarse sobre actuaciones propias de la investigación del delito, que son competencia del Ministerio Público.

iii) La incautación se hizo bajo las normas del Código Procesal Penal, actos no regulados por la Ley número 28008., por lo que solo puede aplicarse esta última.

iv) El vehículo fue utilizado para actos aparentemente legales, el fiscal señala que sobre el vehículo no se realizará ningún acto de investigación, solo cuestiona la no devolución del bien por la prohibición de la ley 28008; es decir, no contradice la argumentación fáctica de la variación de la medida de incautación, por lo que, se debe entregar a su propietario o representante legal; además que no podrá ser objeto de posterior decomiso, en tanto no se encuentra incorporada como persona jurídica la empresa ROCARAIL E. I. R. L., siendo de aplicación el inciso 3 del artículo 318 del citado Código, esto es, la entrega provisional del vehículo bajo reserva de una reversión hasta la conclusión del proceso penal, previa caución.

SEXTO. El Procurador Público Ad Hoc adjunto de SUNAT al interponer su recurso de casación, obrante a fojas ciento noventa y ocho, alega que:

i) Es legítimo incautar los bienes hasta que se expida la sentencia.

ii) La Corte Suprema en la casación número 273-2011 reconoce la regulación de la ley 28008, así como el procedimiento de incautación y devolución, que no ha sido derogada.

iii) No habiéndose acreditado la vulneración del derecho al trabajo que conlleve a la variación y reexamen de la medida provisional, debe confirmarse la improcedencia.

iv) Solo procede la variación y reexamen a los propietarios de buena fe y a quien no haya intervenido en el delito. v) Al no haber sobreseimiento ni absolución no se cumplen los presupuestos para devolver el bien incautado.

vi) No se modificó la situación que generó la incautación.

vii) Es de aplicación el artículo ciento sesenta y cuatro de la Ley de General de Aduanas que establece sus facultades y atribuciones.

3. LA VIGENCIA DE LA LEY NÚMERO 28008

SÉPTIMO. Como señala el artículo I del Título Preliminar del Código Civil, la ley se deroga sólo por otra ley. Esta se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquélla.

OCTAVO. En el presente caso no existe una norma que expresamente declare tal situación, por lo que corresponde analizar la compatibilidad entre la Ley 28008 y las normas que regulan la incautación del Decreto Legislativo número 957.

NOVENO. La Ley 28008 en su artículo 13 de su Capítulo I, Título II, modificado por el Decreto Legislativo número 1111, del veintinueve de junio de dos mil doce, regula la incautación en caso de delitos aduaneros, en el caso específico de la devolución de los bienes incautados señala:

"El Fiscal ordenará la incautación y secuestro de las mercancías (...) los que serán custodiados por la Administración Aduanera en tanto se expida el auto de sobreseimiento, sentencia condenatoria o absolutoria proveniente de resolución firme, que ordene su decomiso o disponga su devolución al propietario.

Queda prohibido bajo responsabilidad, disponer la entrega o devolución de las mercancías (...), en tanto no medie sentencie absolutoria o auto de sobreseimiento

proveniente de resolución firme que disponga su devolución dentro del proceso seguido por la comisión de delitos aduaneros. En el caso de vehículos o bienes muebles susceptibles de inscripción registral, queda prohibido, bajo responsabilidad, sustituir la medida de incautación o secuestro de estos bienes por embargos en forma de depósito, inscripción u otra que signifique su entrega física al propietario o poseedor de los mismos.

La prohibición de disponer la entrega o devolución de las mercancías (...), alcanza igualmente a las resoluciones o disposiciones dictadas por el Ministerio Público, si luego de la investigación preliminar o de las diligencias preliminares, se declare que no procede promover la acción penal o se disponga el archivo de la denuncia. En dichos casos corresponderá a la Administración Aduanera la evaluación de la devolución de estas mercancías (...).

DÉCIMO. Las reglas que establece son claras: i) La incautación ordenada por el fiscal será custodiada por la Administración Aduanera. ii) Esta situación se mantiene hasta que se emite auto de sobreseimiento, sentencia que ordene el decomiso o se disponga su devolución al propietario. iii) En caso que el fiscal decida no promover la acción penal corresponde a la Administración Aduanera evaluar la devolución.

DÉCIMO PRIMERO. Decreto Legislativo 957 presenta dos regulaciones: sobre incautación probatoria, la de los artículos 218 al 225 y la cautelar de los artículos 316 al 320.

DÉCIMO SEGUNDO. En el primero caso, sobre la devolución de bienes, señala el artículo 222:

"El Fiscal y la Policía con conocimiento del primero podrá devolver al agraviado o a terceros los objetos incautados o entregar los incautados que ya fueron utilizados en la actividad investigadora, con conocimiento del Juez de la Investigación Preparatoria. Asimismo, podrá devolverlos al imputado si no tuvieren ninguna relación con el delito. La devolución podrá ordenarse provisionalmente y en calidad de depósito, pudiendo disponerse su exhibición cuando fuera necesario. Los bienes sustraídos serán entregados al agraviado. Si el Fiscal no accede a la devolución o entrega, el afectado podrá instar, dentro del tercer día, la decisión del Juez de la Investigación Preparatoria".

DÉCIMO TERCERO. De ello se advierten las siguientes reglas:

i) Fiscal o policía pueden devolver los bienes incautados: a) Al agraviado o terceros. b) Si fueron utilizados en la investigación. c) Al imputado si aquellos no tienen relación con el delito. ii) Si el fiscal no accede a la devolución, el afectado podrá acudir al juez.

DÉCIMO CUARTO. En cuanto a la incautación cautelar señala el artículo 319:

"Si varían los presupuestos que determinaron la imposición de la medida de incautación, ésta será levantada inmediatamente, a solicitud del Ministerio Público o del interesado.

Las personas que se consideren propietarios de buena fe de los bienes incautados y que no han intervenido en el delito investigado, podrán solicitar el reexamen de la medida de incautación, a fin que se levante y se le entreguen los bienes de su propiedad.

Los autos que se pronuncian sobre la variación y el reexamen de la incautación se dictarán previa audiencia, a la que también asistirá el peticionario. Contra ellos procede recurso de apelación. Rige, en lo pertinente, lo dispuesto en el numeral 2) del artículo 278 y en los numerales 2) y 3) del artículo 279".

En el artículo 320 señala:

"Dictada sentencia absolutoria, auto de sobreseimiento o de archivo de las actuaciones, los bienes incautados se restituirán a quien tenga derecho, salvo que se trate de bienes intrínsecamente delictivos. El auto, que se emitirá sin trámite alguno, será de ejecución inmediata.

La restitución no será ordenada si, a solicitud de las partes legitimadas, se deben garantizar -cuando corresponda- el pago de las responsabilidades pecuniarias del delito y las costas".

DÉCIMO QUINTO. De ello se advierten las siguientes reglas: i) El juez puede dejar sin efecto la incautación: a) Si varían sus presupuestos. b) El afectado es propietario de buena fe y no ha intervenido en el delito investigado. iii) En caso de absolución, sobreseimiento o archivo, los bienes se restituirán a quien tenga derecho, salvo que se trate de bienes intrínsecamente delictivos o deben garantizar el pago de las responsabilidades pecuniarias del delito y las costas".

DÉCIMO SEXTO. De lo expuesto se advierte que la norma aduanera se dirige al fiscal, así como lo hace el artículo 222 del Código Procesal Penal. Sin embargo, los artículos 319 y 320 del mismo cuerpo normativo se dirigen al juez. Se debe dejar claro que estas normas no son incompatibles, se complementan, pues en ambas regulaciones se señala que la incautación se mantiene hasta el sobreseimiento o absolución.

DÉCIMO SÉPTIMO. Sin embargo, la regulación de la Ley 28008 no regula todos los supuestos de la actividad del juez. Es decir, los supuestos del considerando décimo quinto de los artículos 319 y 320 del Código Procesal Penal no se contraponen; al contrario, la complementan, pues regulan los supuestos

en que el juez puede devolver los bienes incautados; por ello, sí está plenamente vigente, en todo el país.

DÉCIMO OCTAVO. Anteriormente, la Casación número 342-2011-Cusco, del dos de julio de dos mil trece, expedida por la Sala Penal Permanente de esta Corte Suprema, refirió que el artículo 13 de la Ley 28008 no abarca todo el procedimiento a seguir como consecuencia de la incautación de bienes objeto de delitos. El fiscal debe solicitar la confirmatoria de incautación ante el juez, quien en uso de sus facultades podrá confirmar la medida o entregar el bien ya sea al agraviado, imputado, terceros o incluso entregar en custodia a la administración aduanera, de acuerdo a cada caso concreto.

DÉCIMO NOVENO. Además, esta Corte Suprema ha dilucidado conflictos entre ambas normas, lo que deja claro la vigencia de Ley 28008, como ocurrió en el Auto de calificación de casación número 66-2011-Cusco, de quince de agosto de dos mil once Casación número 342-2011-Cusco, del dos de julio de dos mil trece, Casación número 45-2012-Cusco, del trece de agosto de dos mil trece, Casación número 273-2011-Cusco, del veintinueve de enero de dos mil trece, Casación número 113-2013-Arequipa, del dieciséis de septiembre de dos mil catorce, Casación 136-2013-Tacna, del once de junio de dos mil catorce, Casación número 139-2011-Cusco, del diez de abril de dos mil doce, entre otros. En ese sentido, la referencia al oficio número 970-2013-MP-FN-OAJ citado que señala que la norma está derogada, no es vinculante, más cuando el juez es quien dicta el derecho.

195

§195. Devolución de bienes incautados a terceros ajenos al ilícito

Casación	382-2013-PUNO
Fecha	10 de marzo de 2015
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Villa Stein.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodriguez Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores, Loli Bonilla.
Disposiciones estudiadas	Art. 494° del NCPP
Fundamentos jurídicos vinculantes	18°

RESUMEN:

Si el propietario de un bien incautado, demuestra fehacientemente que no tiene una vinculación objetiva con el delito investigado, pues se trata de un tercero ajeno al ilícito, podrá solicitar la devolución del bien y deberá concedérsele inmediatamente, o de necesitarse para la investigación del ilícito podrá postergarse su entrega hasta el fin del proceso -motivando la necesidad de su cautela

FUNDAMENTOS:

IV. Del ámbito de Casación:

SÉTIMO: En efecto, conforme se estableció por Ejecutoria Suprema del catorce de marzo de dos mil trece -fojas ciento once del cuaderno de casación-, este Supremo Tribunal al encontrar interés casacional en el tema planteado por el recurrente VIACAVA GAMBOA, conforme al inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete y el inciso uno del artículo cuatrocientos treinta y dos, declaró casación de oficio para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, para

realizar una correcta interpretación sobre el tema de: la incautación de bienes – muebles o inmuebles- que hayan sido utilizados por terceros en un acto criminal, sin que los propietarios de los mismos tuvieran conocimiento alguno de estas actividades.

V. Derecho a la propiedad:

OCTAVO: La propiedad es un derecho fundamental reconocido constitucionalmente en el artículo 2, inciso 16 de la Constitución Política del Perú, es así que el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia lo define como:

"El derecho de propiedad es un derecho fundamental que guarda una estrecha relación con la libertad personal, pues a través de él se expresa la libertad económica que tiene toda persona en el Estado social y democrático de derecho. El derecho de propiedad garantiza la existencia e integridad de la propiedad (corporal o incorporal) para el propietario, así como la participación del propietario en la organización y el desarrollo de un sistema económicosocial. De ahí que en el artículo 70.° de la Constitución se reconozca que el "derecho de propiedad es inviolable" y que el "Estado lo garantiza". STC. Exp.N°03258-2010-PA/ TC, *Caso Torres Fernández, fundamento jurídico N°2*

NOVENO: Asimismo el Tribunal Constitucional mediante la sentencia recaída en el expediente N°05614-2007-PA/TC, ha descrito brevemente las características fundamentales del derecho a la propiedad:

a) **Un derecho pleno**, en el sentido de que le confiere a su titular un conjunto amplio de atribuciones que puede ejercer autónomamente dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico y los derechos ajenos.

b) **Un derecho irrevocable**, en el sentido de reconocer que su extinción o transmisión depende de la propia voluntad del titular y no de la realización de una causa extraña o del solo querer de un tercero, salvo las excepciones que prevé expresamente la Constitución Política.

DÉCIMO: Como se ha visto, al tratarse de un derecho fundamental de todo ser humano debidamente reconocido por nuestra Constitución Política, el Estado debe proteger su goce y ejercicio en libertad. Todo derecho fundamental a pesar de su importancia encuentra ciertos límites y restricciones; en el caso de derecho a la propiedad se pueden encontrar los siguientes supuestos, establecidos constitucionalmente: a) estar establecidas por ley; b) ser necesarias; c) ser

proporcionales, y d) hacerse con el fi n de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.

DÉCIMO PRIMERO: Dentro de las limitaciones al derecho de propiedad, establecidas por ley encontramos expropiación, incautación, decomiso; fi guras jurídicas que bajo distintos supuestos restringen temporal o permanentemente el derecho a la propiedad. En el caso materia de casación resulta de interés determinar los límites del derecho a la propiedad respecto a las fi guras de incautación y decomiso, ambas fi guras jurídicas legalmente establecidas por ley - Código Penal-.

VI. Incautación y Decomiso

DÉCIMO SEGUNDO: Como se señaló precedentemente, la incautación es una de las limitaciones al derecho de propiedad, se encuentra regulado en los artículos 218 a 223 del Código Procesal Penal; asimismo, ha sido materia de desarrollo en el Acuerdo Plenario N° 5 -2010/CJ-116, en el cual se precisaron los alcances de la incautación, características y objetivos. La incautación es una medida cautelar de carácter real, por lo que recae en el patrimonio del imputado o en todo caso sobreviene jurídicos patrimoniales, limitándolos, con la finalidad de impedir que durante el proceso, determinadas actuaciones dañosas o perjudiciales por parte del imputado, afecten la efectividad de las sentencia con relación a las consecuencias jurídicas de carácter económico del delito o en cuanto a la propia eficacia del proceso. (NEYRA FLORES, José Antonio, Manual del Nuevo Proceso Penal y Litigación Oral, pg. 491).

En el mismo sentido la jurisprudencia define a la incautación como una medida procesal, que presenta una configuración jurídica dual: i) como medida de búsqueda de pruebas y restricciones de derechos -propiamente, medida instrumental restrictiva de derechos- y ii) como medida de coerción -con una típica función cautelar-. (Acuerdo Plenario N° 5-2010/CJ-116, fj. N° 7).

DÉCIMO TERCERO: El citado Acuerdo Plenario precisa en su fundamento jurídico N° 9 que cuando se trate de : i) efectos del delito –Son los objetos producidos mediante la acción delictiva, como el documento o la moneda falsa, así como las ventajas patrimoniales derivadas del hecho punible, como el precio del cohecho, el del delincuente a sueldo, o la contraprestación recibida por el transporte de droga, etc.-, ii) instrumentos del delito –Son los objetos que, puestos en relación de medio a fi n con la infracción, han servido para su ejecución, tales como el vehículo utilizado para el transporte de la mercancía, el arma empleada, etc.- , o iii) objetos del delito –Son las cosas materiales sobre las

que recayó la acción típica, como por ejemplo las cosas hurtadas o robadas, armas o explosivos en el delito de tenencia ilícita de las mismas, la droga en el delito de tráfico ilícito de drogas, etc-, la incautación cautelar - artículo 316, inciso uno del Código Procesal Penal- precede al decomiso como consecuencia accesoria que se dictara en la sentencia -artículo 102 del Código Penal-.

DÉCIMO CUARTO: El decomiso es considerado dentro de nuestro Código Penal artículos 102 y 103, como una consecuencia accesoria a la pena, que deberá resolverse por el Juez, salvo que exista un proceso autónomo para ello. Sin embargo, al ser esta medida jurídica un límite al derecho constitucional de propiedad merece ser dictado como toda decisión judicial debidamente motivada. La decisión judicial de decomisar un efecto, instrumento u objeto del delito debe pasar por un análisis, donde se verifique si resulta proporcional el comiso.

DÉCIMO QUINTO: En aras de dotar de proporcionalidad a la fi gura jurídica de comiso, el Código Penal regula en el artículo 103, el decomiso facultativo: "Cuando los efectos o instrumentos referidos en el artículo 102, no sean de ilícito comercio y su valor o guarde proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal podrá el Juez no decretar el decomiso o, cuando sea posible, decretarlo sólo parcialmente."

La citada norma prevé la posibilidad que el Juez bajo el supuesto de tratarse de efectos o instrumentos del delito cuya circulación o transmisión en el ámbito de los negocios o comercio no se encuentran prohibidas por las leyes y reglamentos, se prefiera el derecho a la propiedad y no se decomise.

DÉCIMO SEXTO: En el mismo sentido, el Acuerdo Plenario N° 05-2010/CJ-116, en el fundamento jurídico N° 15 precisa lo ya señalado por el Código Procesal Penal en el inciso 2 del artículo 319, *referido a que: el tercero que alegue ser propietario de un bien incautado y que no ha intervenido en el delito, puede solicitar el reexamen de la medida de incautación, a fi n de que se levante y se le entregue el bien de su propiedad.*

DÉCIMO SÉTIMO: El derecho a la propiedad como se señaló puede limitarse bajo determinados supuestos legalmente establecidos, que encuentran su fundamento en una necesidad nacional, o como una medida de seguridad general; sin embargo, siempre debe analizarse la proporcionalidad de la medida, es por ello que el Tribunal Constitucional señala:

"(...) en los casos en que se encuentra objetivamente acreditada la no vinculación absoluta del propietario del vehículo con los hechos investigados, el mantenimiento de la medida de incautación sobre el vehículo, más allá de la necesaria etapa investigadora constituye una limitación ilegitima en el derecho a

la propiedad, por lo que corresponde su devolución." Exp. N° 02989-2012PA/TC, fundamento jurídico N° 7.

Asimismo el Supremo Tribunal señala:

"(...) solo en los casos en los que una persona se encuentra procesada (sea en la condición de autor, coautor, cómplice, etc.), puede resultar legítimo incautar sus bienes, por ejemplo los vehículos (...)"Exp.N° 02989- 2012PA/TC, *fundamento jurídico N° 8*

DÉCIMO OCTAVO: Por lo señalado precedentemente se puede afirmar que el derecho a la propiedad solo puede limitarse bajo supuestos legalmente establecidos, como en efecto lo es la incautación, y posteriormente de ser necesario el decomiso; sin embargo al tratarse de la limitación -permanente, o temporal en el mejor de los casos- de un derecho constitucional, debe proceder a verificar ciertos supuestos -¿quién es el propietario del bien?, ¿el propietario del bien, intervino en el ilícito?-, y realizar un análisis para dictar una decisión acorde a ley y proporcional.

Es así que *prima facie,* tal como lo establece el Tribunal Constitucional **solo resulta legítimo una limitación al derecho de propiedad mediante la incautación,** si el bien pertenece a uno de los procesados por el delito materia de investigación. Con mayor razón, el decomiso al ser una consecuencia accesoria del delito solo corresponderá aplicarse si el bien -sujeto a posible comiso- es de propiedad de uno de los responsables penales del ilícito investigado.

Por lo tanto, si el propietario de un bien incautado, demuestra fehacientemente que no tiene una vinculación objetiva con el delito investigado, pues se trata de un tercero ajeno al ilícito, podrá solicitar la devolución del bien y deberá concedérsele inmediatamente, o de necesitarse para la investigación del ilícito podrá postergarse su entrega hasta el fin del proceso -motivando la necesidad de su cautela-. En todo caso la limitación al derecho de propiedad del tercero ajeno al delito, nunca será de manera permanente, eventualmente se dictará temporalmente por razones de investigación del delito, pero siempre con una debida motivación que demuestre la proporcionalidad de la medida.

196

§196. Prolongación del registro personal en las actuaciones procesales

Casación	253-2013-PUNO
Fecha	20 de noviembre de 2014
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana
Jueces Supremos	Villa Stein, Pariona Pastrana, Neyra Flores, Morales Parraguez, Cevallos Vegas.
Disposiciones estudiadas	Artículos 210 inciso 1, 427° inciso 4 y 429° inciso 3 del NCPP.

RESUMEN:

Existen situaciones no previstas por la norma pero que de manera razonada posibilitan la prolongación del registro personal: a. Cuando no existan garantías para la integridad del representante del Ministerio Público y de los efectivos policiales que participan en el registro. b. Cuando exista exacerbación de parte de un grupo de personas que presencia e impide el registro, poniendo en riesgo la finalidad del mismo. c. Cuando existan otras razones suficientes que se sustenten en mantener y conseguir el objetivo del registro. Ahora bien, cuando concurran alguno de los citados supuestos y se efectivice la prolongación del registro personal, el representante del Ministerio Público garantizará la cadena de custodia hasta el momento en que sea posible la realización del registro. Además, ***el mismo no podrá prolongarse en demasía, sino que el tiempo debe ser razonado y, tener como fin encontrar el lugar con las garantías necesarias para su realización***

FUNDAMENTOS:

2.2. RESPECTO AL REGISTRO DE PERSONAS

2.2.1. El registro de personas está regulado en el artículo 210 del Código Procesal Penal, normatividad que presenta los supuestos requeridos para su procedencia; así, el inciso 1 del referido artículo precisa: *"La Policía, por sí -dando cuenta al Fiscal- o por orden de aquél, cuando existan fundadas razones para considerar que una persona oculta en su cuerpo o ámbito personal bienes relacionados con el delito, procederá a registrarla. Antes de su realización e invitará a la persona a que exhiba y entregue el bien buscado. Si el bien es presenta no se procederá al registro, salvo que se considere útil proceder a fin de completar las investigaciones"*. En esa línea, siempre que se dé cuenta al representante del Ministerio Público, no podrá posponerse o dilatarse el registro personal cuando haya razón fundada para considerar que el intervenido oculta en su cuerpo o ámbito personal bienes relacionados al delito.

2.2. 2. La referida restricción encuentra sustento, en primer lugar, en que la prolongación del registro puede contribuir a la desvinculación del citado bien de parte del intervenido, ya sea por destrucción, ocultamiento o alejamiento, mermando con ello la actividad previa a dicho registro y el registro mismo. En segundo lugar en que la prolongación del registro personal puede traer a colación argumentos referentes a que pudo ser un tercero quien puso el bien registrado al intervenido, en lenguaje sub estándar: "siembra", mermando la fuerza probatoria del registro.

2.2.3. La prolongación del citado registro puede ser viable solo si se omite dar cuenta al representante del Ministerio Público -a excepción de los casos de flagrancia-. No obstante, puede ocurrir que aun cuando se dé cuenta al representante del Ministerio Público, no concurran garantías necesarias para practicar el registro, pues éste debe ser realizado en un contexto de respeto a la dignidad y pudor de la persona, ello en concordancia con el numeral 2 del artículo 210 del Código Procesal Penal, el cual precisa *"El registro se efectuará respetando la dignidad y, dentro de los límites posibles, el pudor de la persona. Corresponderá realizarlo a una persona del mismo sexo del intervenido, salvo que ello importe demora en perjuicio de la investigación"*.

2.2.4. Además, existen situaciones, no previstas por la norma, pero que de manera razonada posibilitan la prolongación del registro personal:

a. Cuando n existan garantías para la integridad del representante del Ministerio Publico y de los efectivos policiales que participan en el registro.

b. Cuando exista exacerbación de parte de un grupo de personas que presencia e impide el registro, poniendo en riesgo la finalidad del mismo.

c. Cuando existan otras razones suficientes que se sustenten en mantener y conseguir el objetivo del registro.

2.2.5. Ahora bien, cuando concurra alguno de los supuestos referidos en el considerando precedente y se efectivice la prolongación del registro personal, el representante del Ministerio Público garantizará la cadena de custodia hasta el momento en que sea posible la realización del registro, siendo de aplicación extensiva lo previsto en el artículo 240 del Código Procesal Penal. Además, el mismo no podrá prolongarse en demasía, sino que el tiempo debe ser razonado y, tener como fin encontrar el lugar con las garantías necesarias para su realización.

197

§197. Incautación de bienes producto del contrabando. Cuando no se determine la procedencia lícita de bienes incautados, estos no se devolverán al imputado luego del sobreseimiento

Casación	113-2013-AREQUIPA
Fecha	16 de setiembre del 2014
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Morales Parraguez.
Jueces Supremos	Pariona Pastrana, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Morales Parraguez, Cevallos Vegas.
Disposiciones estudiadas	Art. 320° NCPP
Fundamentos jurídicos vinculantes	13°, 14°, 15° y 16°

RESUMEN:

Nadie puede beneficiarse a costa de su propio delito *(por ejemplo obtener un gasto deducible de la determinación de la base imponible del Impuesto a la Renta como consecuencia de un delito ocasionado por su falta de previsión o diligencia). La ley dentro de un sistema constitucional de derecho no puede ser utilizada para que un acto que la contraviene se cubra con un manto de legalidad a través de una decisión judicial.*

FUNDAMENTOS:

DÉCIMO TERCERO: Es pertinente realizar alguna precisiones sobre la casación, en razón de que en nuestro ordenamiento jurídico, el recurso de casación como medio de impugnación es de carácter especial y extraordinario; un recurso singular que permite acceder a la Sala Penal de la Corte Suprema con cognición especial, sobre los vicios en la resolución por infracciones normativas que indicen

en la decisión judicial, que en este caso concreto están referidos a interpretaciones erróneas de normas de derecho procesal. En este sentido la casación tiene entre sus finalidades. 1. Función nomofiláctica adecuada aplicación e interpretación del derecho objetivo al caso concreto, 2) Función unificadora, orientada a la unificación o uniformidad de la jurisprudencia nacional por la corte suprema de justicia (artículo 384 del Código Procesal Civil, modificado por el artículo 1 de la Ley numero 29364 publicada el 28 de mayo 2009). 3. Y, la función dikelógica o buscar la justicia en el caso concreto, en tanto que la justicia es la razón de ser de la actividad jurisdiccional conforme se desprende de la primera parte del artículo 138° de la Constitución Política del Estado.

DÉCIMO CUARTO: En el presente caso, la cuestión es establecer si un órgano jurisdiccional podría devolver un bien que por sí mismo constituye el objeto material del delito, que en el caso que nos convoca se trata de un vehículo clonado. Al respecto, esta Suprema Instancia considera que para dar solución a esta cuestión debe utilizarse ciertos criterios como el fin dikelógico de la casación, a fin de evitar que los jueces, mediante sus decisiones, generen impunidad cuando exista un delito, o arbitrariedad frente a una conducta que no es penalmente reprimible ni perseguible, lo que quiere decir, que sería desacertado que un bien directamente relacionado con el hecho delictivo sea devuelto o entregado a la persona quien la utilizo para perpetrar su ilícito proceder.

DÉCIMO QUINTO: El legislador no previó ni se proyectó al supuesto de que un sobreseimiento solicitado por el fiscal y amparado por el juez, generaría como consecuencia la devolución del bien incautado (Vehículo clonado), en tanto la conducta del encausado Luis Jhon Guevara Soto por delito de contrabando dejó de ser considerado un ilícito penal por razón de la cuantía del bien incautado ante ello este colegiado Supremo considera que existe una deficiencia de la ley a fin de resolver la cuestión planteada.

Frente a este panorama el Juez debe optar por una decisión en que la justicia prevalezca frente a una deficiencia de la Ley, es así que nuestra constitución Política del estado en su artículo 139° inciso 8, señala: "El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario", superando así el principio **non liquet**, cuya fórmula fue utilizado por los jueces medievales para expresar que no encontraban solución al asunto que se les planteaba. Como es sabido, las legislaciones modernas adoptan la regla contraria, por la cual **los tribunales nunca pueden dejar de sentenciar** (impartir justicia), debiendo para tal efecto emplear métodos de interpretación jurídica en casos de oscuridad o

laguna legal, esto es que los jueces no pueden dejar de juzgar bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes.

El criterio a utilizar a fin de dar solución a la cuestión formulada y, atendiendo a la precedentemente expuesto, el profesor Ronald Dworkin en el caso Riggs & Palmer, en la Corte Suprema del Estado de Nueva York, tomó la decisión de no conceder la herencia a una persona que asesino a su abuela para que este no cambiara su testamento, se basó sus decisión en el principio del cual "nadie puede beneficiarse a costa de su propio delito". Este principio, aclara Dworkin es parte del ordenamiento jurídico, aunque nunca haya sido promulgado. Un principio no busca alcanzar ninguna meta económica, política o social, sino satisfacer la justicia y la moral; un principio no es una regla, no establece una solución o respuesta definida, no impide que el mismo principio inspire soluciones distintas y no hay contradicción en que principios opuestos convivan, y a veces uno prevalezca sobre el otro. A los principios no se les aplican la noción de validez, dice Dworkin, un principio no es válido ni invalido sino que tiene peso o gravitación en un caso en concreto, y así, es posible que un principio prevalezca sobre otro en un juicio, sin que ello significa que el principio opuesto haya sido violado; simplemente el juez decidió que en ese caso uno de los principios tenía más peso. Esto no puede suceder con las reglas porque si hay dos reglas opuestas una de ellas es inválida.

DÉCIMO SEXTO: En este mismo sentido, este Colegiado Supremo considera que en el presente caso estamos ante un hecho similar al señalado precedentemente (Riggs & Palmer), pues **la ley dentro de un sistema constitucional de derecho no puede ser utilizada para que un acto que la contraviene se cubra de un manto de legalidad a través de una decisión judicial;** en consecuencia, esta Suprema instancia observa que la ley procesal penal, en un nivel infraconstitucional ordena la devolución del bien incautado (vehículo clonado), que constituye el objeto material del delito de contrabando, despenalizado a través del Decreto Legislativo N° 1111, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 29 de junio de 2012 y, ello no debe hacerse efectivo en tanto el espíritu de la ley procesal penal no ha considerado al momento de ordenarse el levantamiento de las medidas coercitivas, que el mencionado bien materia del delito (vehículo clonado), sirvió para que se configurara el delito de contrabando. Proceder en sentido contrario, es decir, devolver el vehículo incautado conforme a lo prescrito por el ordenamiento procesal penal vigente, constituiría una mera interpretación literal, la que nos alejaría de una solución con criterio de justicia.

A manera de recapitulación podemos señalar que, en el presente caso no estamos ante un vacío o laguna de la ley sino ante una deficiencia de la misma,

y la interpretación ante esta deficiencia tiene que ser corregida por el juzgador intérprete, y con ello cumplir el fin teleológico de la ley a fin de no generar impunidad o arribar a una decisión injusta. En el presente caso, el texto de la ley ha dispuesto que si un vehículo que es incautado por estar incurso en una acto de contrabando, y al no haberse acreditado judicialmente el delito, este debe ser devuelto; sin embargo, cuando el bien producto del contrabando (en este caso el vehículo) es intrínsecamente, sustancialmente o constitutivo de un delito no resulta razonable que éste sea devuelto para su tráfico (comercialización, venta, alquiler, etc.), pues este vehículo al no tener D.U.A. -Declaración única de Aduanas-, no se puede determinar su licita procedencia, en tal medida no puede ser devuelto o entregado a la persona a quien se le incautó, sino a quien tenga legítimo derecho sobre el mencionado bien, entonces, necesariamente quien tiene derecho a que se le restituya o entregue el bien por las circunstancias del caso es al Estado Peruano, representado en este caso por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, SUNAT; desarrollándose interpretativamente por extensión el artículo 320 inciso 1 del nuevo Código Procesal Penal cuando establece que *"tratándose de bienes intrínsecamente delictivos no procede su restitución o devolución al procesado"*.

198

§198. Incautación de Vehículos

Casación	136-2013-TACNA
Fecha	11 de junio del 2014
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Cevallos Vegas
Jueces Supremos	Pariona Pastrana, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Morales Parraguez, Cevallos Vegas.
Disposiciones estudiadas	Arts. 71° y 218° del NCPP.
Fundamentos jurídicos vinculantes	3.4°, 3.6°, 3.10° y 3.11°.

RESUMEN:

La SUNAT-ADUANAS, parte agraviada, mantenía incautados bienes de propiedad del investigado en el marco de un proceso penal, los aspectos procedimentales trascendentes para el presente análisis son los siguientes: Mediante Resolución N° 1 (11.03.2011), el III Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Tacna, declaró fundado en parte el requerimiento de confirmatoria de incautación solicitado por el representante del Ministerio Público, respecto de 193 vehículos incautados por presunto ingreso ilegal al territorio nacional por la empresa Autocraft Perú SRL. Esta decisión fue impugnada por la empresa afectada por la medida y por el Ministerio Público; siendo que la Sala Penal de Apelaciones declaró fundada la oposición al requerimiento de confirmatoria de incautación y desaprobó en su totalidad el acta de incautación de fecha 3 de Febrero de 2011, por considerar que no existen indicios de criminalidad, al no haberse acreditado mínimamente que los bienes importados tengan naturaleza ilegal que justifique la medida de incautación.

FUNDAMENTOS:

3.4. La tutela de derechos como institución procesal tiene una finalidad protectora del imputado, quien en su calidad de parte acusada se ve sometido al aparato estatal durante la investigación del delito a cargo de la Policía Nacional del Perú y el Ministerio Público, que por el especial papel que desempeñan en la lucha contra la criminalidad, en ciertos casos, incurren en excesos o negligencias, las cuales no pueden adjudicarse gratuitamente al procesado, por ello, el legislador ha establecido esta institución procesal, para que sea el juez quien controle estas falencias en el propio aparato estatal. No obstante, no toda afectación se puede reclamar a través de la audiencia de tutela de derechos, por cuanto, al ser una institución procesal, el legislador y la jurisprudencia han establecido mecanismos específicos para determinados actos (v. gr. el exceso de plazo en la investigación se discute a través del control de plazos). Esta Corte Suprema a través de los Acuerdos Plenarios N° 04-2010-CJ-116 y N° 02- 2012-CJ-116 de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, ha desarrollado la institución de la tutela de derechos, habiéndose establecido como derechos legitimados para ser recurridos en vía de tutela los establecidos en el artículo 71 del Código Procesal Penal de 2004, constituyendo esta una lista cerrada de derechos.

3.6. Siendo que con anterioridad ya se ha determinado qué derechos pueden ser objeto de tutela, el derecho de ejecución de las resoluciones judiciales (comprendido dentro de 1 Acuerdo Plenario Penal N° 04-2010/CJ-116, de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, fundamento jurídico 11. la tutela procesal efectiva) no ha sido considerado dentro de dicho listado cerrado, por lo cual discrecionalmente los órganos jurisdiccionales no puede incorporar nuevos supuestos de procedencia, al dejar abierta la posibilidad de que se haga un uso abusivo, ilegítimo, se desnaturalice la figura de tutela y se permita al órgano jurisdiccional un control total tanto de las actuaciones de la Policía como del Ministerio Público.

3.10. En ambos casos, el legislador ha establecido como imperativa la obligación del Ministerio Público, debe recurrir al órgano jurisdiccional para la expedición de la resolución confirmatoria, lo que evidencia que la medida, ya sea instrumental o cautelar, siempre será necesaria la revisión del órgano jurisdiccional y la expedición de la correspondiente resolución confirmatoria. En ese sentido, los juzgados que evalúen dichos requerimientos deberán revisar no solo el plazo en el que es presentado el requerimiento, sino además y con mayor rigor, la proporcionalidad de la medida, la existencia efectiva de elementos de convicción

que acrediten la relación con un evento delictivo, la fundamentación suficiente en la que se haga distinción en el tipo de incautación, la necesidad de la misma y los efectos sobre derechos del titular de los bienes.

3.11. De ser el caso que el órgano jurisdiccional considere mediante resolución firme que la medida no debe ser confirmada al no existir elementos de convicción que acrediten la vinculación del bien con el delito que se está sustanciando, este escenario hace desaparecer el presupuesto principal de la incautación, por lo cual los bienes que han sido objeto de intervención por la Policía o Ministerio Público, deberán ser puestos a disposición de sus legítimos propietarios, esto no solo reduce al mínimo la afectación al derecho de propiedad, sino también garantiza que terceros que nada tuvieron que ver en el evento delictivo se vean afectados injustificadamente por la medida. Los efectos del incumplimiento de la presentación o la presentación tardía del requerimiento de confirmatoria de incautación, solo acarrearán responsabilidad administrativa del fiscal encargado, pero en ningún caso la nulidad de la materialización de la medida. De darse esta circunstancia el titular del bien, que verifique la falta del requerimiento de confirmatoria, podrá recurrir en principio ante el fiscal encargado y al no obtener respuesta o obtener una negativa, podrá recurrir al órgano jurisdiccional, quien deberá evaluar las circunstancias con citación del fiscal y resolver lo que al caso concreto atañe.

199

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

Casación	45-2012-CUSCO
Fecha	13 de agosto del 2013
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Jueces Supremos	Villa Stein, Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Tello Gilardi y Príncipe Trujillo.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 222° y 218°.2 del NCPP. y el art. 13 de la LDA.

RESUMEN:

En virtud de la expresa y clara división de roles que nuestro Código Procesal Penal establece entre la función de investigación del Ministerio Público y los poderes de control de los jueces de la etapa de investigación como es la vigilancia al Fiscal y a la Policía con el fin de garantizar los derechos de las personas comprendidas en una investigación. Se colige, entonces, que los vehículos incautados quedan bajo la custodia de la Administración Aduanera por disposición del Fiscal hasta que se expida el auto de sobreseimiento o sentencia firme que ordene su devolución, si ese es el caso; esto quiere decir que ***el Juez es el único quien determina el futuro del bien incautado.***

ESTABLECIERON *como doctrina jurisprudencial que los vehículos incautados que quedan bajo custodia de la Administración Aduanera por disposición del Fiscal, confirmando por el Juez de la Investigación Preparatoria, debe ser así hasta que se expida el auto de sobreseimiento, sentencia condenatoria o absolutoria proveniente de resolución firme que ordene su decomiso o disponga su devolución; siendo el Juez el único facultado para reexaminar y disponer de la devolución del bien; de acuerdo a cada caso concreto.*

FUNDAMENTOS:

III. Sobre desarrollo de doctrina jurisprudencial

III.1. A fin de establecer si los vehículos incautados se deben quedar bajo custodia de la Administración Aduanera hasta que se expida el auto de sobreseimiento, sentencia condenatoria o absolutoria proveniente de resolución firme que ordene su decomiso o disponga su devolución; y por tanto sea el Juez quien reexamine y disponga la devolución del bien.

III.2. Al respecto, es del caso anotar que el artículo décimo tercero de la Ley de Delitos Aduaneros señala que: *"El Fiscal ordenará la incautación y secuestro de las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito, los que serán custodiados por la administración aduanera en tanto se expida el auto de sobreseimiento, sentencia condenatoria o absolutoria, proveniente de resolución firme, que ordene su decomiso o disponga su devolución al propietario (...)"*. Esto es, el referido artículo regula la incautación y secuestro de aquellos bienes que constituyan objeto de delito, y el procedimiento respecto a la custodia del mismo por parte de la administración aduanera, así como la posibilidad de su decomiso o devolución, luego de emitida una resolución firme en cada caso concreto.

III.3. De otro lado, debemos nuevamente analizar los artículos procesales relacionados con la norma anterior, como son el artículo doscientos veintidós del Código Procesal Penal, que señala: *"El fiscal y la policía con conocimiento del primero podrá devolver al agraviado o a terceros los objetos incautados o entregar los incautados que ya fueron utilizados en la actividad investigadora, con conocimiento del Juez de la Investigación Preparatoria. Asimismo podrá devolverlos al imputado si no tuvieren ninguna relación con el delito. La devolución podrá ordenarse provisionalmente y en calidad de depósito* (...)". Este artículo prevé que tanto el Fiscal como la Policía tienen la facultad de devolver los objetos incautados a los agraviados, terceros o incluso al propio imputado, si no tuviera relación con el delito, disposición que debe ser puesta obligatoriamente en conocimiento al Juez de la Investigación Preparatoria; lo acotado guarda concordancia con lo previsto en la parte in fine del segundo numeral del artículo doscientos dieciocho del mismo cuerpo legal que precisa que en todos los casos –relativo a la incautación sin pedido expresó al Juez cuando existe flagrancia o peligro inminente de la perpetración de un ilícito- el Fiscal una vez que tomó conocimiento de la medida o dispuso su ejecución, requerirá al juez de la Investigación Preparatoria la correspondiente resolución confirmatoria.

III.4. En ese sentido, se tiene que ambas normas precitadas, colisionan entre sí, pues mientras el primer enunciado estrictamente requiere que se haya emitido una resolución firme, ya sea de sobreseimiento, sentencia absolutoria o condenatoria, para que se determine la suerte del bien incautado –sea una orden de decomiso o la devolución del mismo-; el segundo enunciado se refiere a la facultad de devolver el bien, cuando ya fueron utilizados en la actividad investigadora, con conocimiento del Juez de la Investigación Preparatoria, empero, tiene concordancia con el artículo doscientos dieciocho del Código Procesal Penal; existiendo un evidente conflicto normativo pues ambas regulan simultáneamente el mismo supuesto de hecho, razón por la cual esta Suprema Instancia, mediante la Casación número trescientos cuarenta y dos –dos mil once[148], estableció: *"En atención al principio de especialidad, debemos precisar que si bien, bajo dicho principio, la norma especial prima sobre la norma general; también lo es que respecto a estas dos normas que colisionan, materia del presente recurso casatorio, se advierte que la Ley número veintiocho mil ocho se limita a señalar la facultad del Fiscal respecto a la incautación y secuestro de bienes, y la disposición de que sea la administración aduanera quien lo custodie; sin embargo, no establece un procedimiento específico, en tanto resulta cierto que es el Ministerio Público titular de la acción penal, quien tiene la carga de la prueba y asume la conducción de la investigación desde su inicio, conforme así lo prevé el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal; no obstante, debe tenerse en cuenta que este nuevo modelo procesal reforzó la función investigadora del Ministerio Público, también lo es que, en forma similar ha dotado al juzgador de efectivos poderes de control de la etapa de investigación, entre otros, la vigilancia a la Policía Nacional y el Fiscal para que cumplan con garantizar los derechos de las personas comprendidas en una investigación; como así lo establece el artículo V del Título Preliminar del Código acotado que expresa que al órgano jurisdiccional no sólo le corresponde la dirección de la etapa intermedia y de juzgamiento, sino emita resoluciones previstas en la ley."*

III.5. Concluyendo, que el artículo trece de la Ley número veintiocho mil ocho, no abarcaba todo el procedimiento a seguir como consecuencia de la incautación de bienes objeto de delitos, ni hacía referencia sobre la responsabilidad que tiene el juzgador de confirmar la incautación que en un inicio dispuso el representante del Ministerio Público, conforme lo establece el artículo doscientos dieciocho del Código Procesal Penal.

---

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

III.6. Entonces, se tiene que los vehículos incautados si bien quedan bajo custodia de la Administración Aduanera por disposición del Fiscal, ello debe ser así hasta que se expida el auto de sobreseimiento, sentencia condenatoria o absolutoria proveniente de resolución firme que ordene su decomiso o disponga su devolución; limitándose la función de dicha entidad a la *"custodia del bien"*, no siendo éste quien determine el futuro del bien incautado; sino es el Juez quien reexamine y dispone la devolución del bien, quedando esto como doctrina jurisprudencial.

200

§200. El depositario judicial en los delitos de apropiación ilícita y peculado por extensión

Recurso de Nulidad	3396-2010-AREQUIPA
Fecha	21 de febrero de 2012
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodriguez Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores, Villa Bonilla.
Disposiciones estudiadas	Arts 190° y 392° del CP.
Fundamentos jurídicos vinculantes	4° considerando

RESUMEN:

Al apreciarse en este caso un conflicto de aplicación de leyes penales, que pone en discusión la situación jurídica del recurrente –en cuanto a la condena y pena a imponerse-, se considera que debe de aplicarse la norma más favorable a éste.

FUNDAMENTOS:

Cuarto: Que estando a lo expuesto, es de indicar que se debe tener en cuenta para esta clase de casos, donde se genera cierto nivel de dificultad para la interpretación jurídico-penal de las normas en cuestión, ya que la mención "depositario" – condición imputada al encausado- se encuentra tanto prevista en el segundo párrafo del artículo ciento noventa del Código Penal, referido al delito de apropiación ilícita, como en el artículo trescientos noventa y dos del Código acotado respecto al delito de peculado por extensión, que también hace referencia a la apropiación en condición de depositario. Por ende, al apreciarse en este caso un conflicto de aplicación de leyes penales, que pone en discusión la situación

jurídica del recurrente –en cuanto a la condena y pena a imponerse-, se considera que debe de aplicarse la norma más favorable a éste, conforme lo prevé el inciso once del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú, que concuerda con el artículo seis del Código Penal, que establece: "la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales –como es el presente caso–"; por tanto, este Supremo Tribunal considera que si bien la imputación fáctica efectuada por el señor Fiscal contra el encausado Héctor..., se enmarca en estos dos dispositivos legales antes mencionados; sin embargo, es de considerarse que al existir una dualidad de preceptos legales aplicables al caso concreto, corresponde aplicar la más favorable, que viene a ser el tipo penal contra el Patrimonio en su modalidad de apropiación ilícita en forma agravada –regulada en el segundo párrafo del artículo ciento noventa del Código Penal–; porque resulta beneficioso en cuanto a las penas previstas".

9. DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

201

§201. Prolongación de la prisión preventiva. No existe la prórroga de la prisión preventiva

Casación	147-2016 – LIMA
Fecha	6 de julio de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 274° del NCPP.
Fundamentos jurídicos vinculantes	2.2.4°, 2.3.11° y 2.4.2°.

RESUMEN:

La prórroga (o ampliación) no está prevista legalmente en el Código Procesal Penal, por lo que, cuando se ha solicitado aquello, ante el vencimiento del plazo máximo de prisión preventiva y/o del plazo judicial establecido inferior, el imputado deberá ser excarcelado,

FUNDAMENTOS:

2.2. DEL MOTIVO CASACIONAL DE OFICIO: PARA EL DESARROLLO DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA PRÓRROGA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

2.2.3. La prórroga (o ampliación) no está prevista legalmente en el Código Procesal Penal. Así lo ha considerado la Sala Penal Especial de la Corte Suprema en la Apelación N°03-2015 "22" -Caso Torrejón Guevara- sobre prisión

preventiva, resuelta el nueve de junio de dos mil dieciséis y el Pleno Jurisdiccional Penal Procesal Penal realizado en Chiclayo el veintitrés y veintisiete de junio de dos mil quinces que determinó por MAYORIA que: "Una vez dictado la prisión por un plazo menos al máximo legal, no es posible la ampliación del plazo, sino la prolongación de la prisión preventiva".

2.2.4: En consecuencia, el requerimiento del fiscal con la denominación de prorroga o ampliación no existe; por lo que, cuando se ha solicitado aquello, el vencimiento del plazo máximo de prisión preventiva y/o del plazo judicial establecido inferior, el imputado deberá ser excarcelado, salvo que con arreglo al artículo 274 CPP, solicitare el Ministerio Público la prolongación del plazo de prisión preventiva.

202

§200. Requisitos de la prolongación de prisión preventiva

Casación	147-2016 – LIMA
Fecha	6 de julio de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 274° del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	2.2.4°, 2.3.11° y 2.4.2°

RESUMEN:

*Está institución requiere acumulativamente dos presupuestos: **i)** Una especial dificultad o prolongación de la investigación o del proceso. **ii)** Que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia u obstaculizarla actividad probatoria.*

FUNDAMENTOS:

2.4. DEL MOTIVO CASACIONAL: PARA EL DESARROLLO DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE QUE LA PROLONGACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA NO DEBE RESPALDARSE EN LA COMPLEJIDAD ESTABLECIDA DESDE EL INICIO DE LA CAUSA

2.4.2: Está institución está prevista en el numeral I del artículo 274° del Código Procesal Penal, el cual requiere acumulativamente dos presupuestos: **i)** Una especial dificultad o prolongación de la investigación o del proceso. Por se entiende la concurrencia de circunstancias que obstaculizan la realización de

determinada diligencia, la práctica de alguna pericia o alguna circunstancia propia de la conducta del imputado, elementos del juicio objetivos posteriores al dictado de la prisión preventiva primigenia y su impugnación. La ley no establece que deban excitar nuevos elementos o actos que sustenten este requisito, pues el juez al momento de determinar el plazo de preventiva pudo no tener en cuenta en su real dimensión estas particularidades que le dan complejidad al caso. **ii)** Que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia u obstaculizarla actividad probatoria, que no se establece en función a un reexamen de lo ya resuelto en la prisión preventiva a propósito del peligro procesal, sino sobre la base del análisis sobre si dichas condiciones subsisten o se mantienen.

203

§201. El arraigo como presupuesto de peligro de fuga

Casación	631-2015 – AREQUIPA
Fecha	21 de diciembre de 2015
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo.
Disposiciones estudiadas	Arts. 268, 269, 270 del NCPP.

RESUMEN:

Si se tiene en cuenta que prima facie está consolidado el arraigo del imputado, pues vive en el país, tiene estatus de residente, su familia nuclear está con él y su centro de labores es una empresa residenciada en el Perú, solo podría afirmarse la persistencia del riesgo de fuga si se toma en consideración otros datos que permitan concluir razonablemente que se alejaría de la justicia peruana para evitar su procesamiento, enjuiciamiento y en su caso, la condena corresponde.

FUNDAMENTOS:

CUARTO: Que, ahora bien, el peligro procesal (*periculum in mora*) es el elemento más importante para valorar en un auto de prisión preventiva. Éste tiene un carácter subjetivo, pero objetivo legalmente a través de diversos criterios de carácter meramente enumerativos, y, por ende, reconoce un margen de discrecionalidad en los jueces. La Ley, como se sabe, establece la presencia de dos peligrosismos: fuga –que es el paradigma del periculum libertatis-, y obstaculización (artículos 268° apartado 1, literal c y 269°-270° del Nuevo Código Procesal Penal).

El peligro de fuga hace referencia a la probabilidad de que el imputado en caso de permanecer en libertad, vaya a sustraerse a la acción de la justicia,

evitando ser juzgado o bien se vaya a sustraer de la pena que se le podría imponer [LLOBET RODRÍGUEZ JAVIER: Proceso Penal Comentado, cuarta edición, Editorial Jurídica Continental, San José, dos mil nueve, página trescientos ochenta y ocho].

Dentro de los criterios que el juez debe tomar en cuenta para determinar el peligro de fuga están aquellos vinculados a la situación personal, familiar y económica del imputado, conocido como "arraigo" –que tiene esencialmente un carácter objetivo, y ni puede afirmarse con criterios abstractos, sino debe analizarse conforme al caso concreto- (artículo 269° del Nuevo Código Procesal Penal). el arraigo debe ser entendido como el establecimiento de una persona en un lugar por su vinculación con otras personas o cosas. El arraigo tiene tres dimisiones: 1) La posesión, 2) el arraigo familiar y 3) el arraigo laboral. El primero se refiere a la existencia de un domicilio conocido o de bienes propios situados dentro del ámbito de alcance de la justicia. El segundo se circunscribe al lugar de residencia de aquellas personas que tiene lazos familiares con el imputado. El tercero se expresa en la capacidad de subsistencia del imputado, que debe provenir de un trabajo desarrollado en el país. Todo ello, visto en su conjunto, acreditaría el establecimiento de una persona en un determinado lugar. Es claro que estas circunstancias de arraigo, de presentarse, desincentivan la fuga del imputado [DEL RÍO LABARTHE, GONZALO: *La Prisión Preventiva en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* En: Temas penales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Anuario de Derecho Penal. Lima, dos mil ocho, página noventa y siete].

SEXTO: Que es cierto que los alcances del arraigo en el así también puede valorarse desde los lazos familiares que el imputado mantiene en el exterior, más aún si es extranjero, situación que le permitiría abandonar el país y refugiarse en su localidad de origen cuando advierte riesgo para sí. Sin embargo, esta situación tiene que ser apreciada caso por caso.

Si se tiene en cuenta que prima facie está consolidado el arraigo del imputado, pues vive en el país, tiene estatus de residente, su familia nuclear está con él y su centro de labores es una empresa residenciada en el Perú, solo podría afirmarse la persistencia del riesgo de fuga si se toma en consideración otros datos que permitan concluir razonablemente que se alejaría de la justicia peruana para evitar su procesamiento, enjuiciamiento y en su caso, la condena corresponde.

Estos factores concurrentes deben ser evaluados con suma atención desde que un acercamiento genérico a problema, asumiendo un peligro de fuga por la sola condición de extranjero del imputado, importaría un acto discriminatorio

por razón de la nacionalidad. En efecto, cuando se acredite indubitablemente que un procesado extranjero tiene arraigo en el país, ello permite entender un riesgo menor de peligro de fuga, salvo que conste razonablemente otros datos de ese orden que vislumbren un sólido riesgo fundado de fuga.

204

§202. Prisión preventiva: La audiencia, motivación y elementos (*fumus delicti comisi*, pena probable, peligro procesal- peligro de fuga)

Casación	626-2013-MOQUEGUA
Fecha	30 de junio del 2015
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Neyra Flores.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodriguez Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores, Loli Bonilla.
Disposiciones estudiadas	Art. 268° del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	24°, 39°, 40°, 43°, 48° al 50°, 53°, 54° y 58°

RESUMEN:

Para la adopción de la prisión preventiva no se exige que se tenga certeza sobre la imputación, solo que exista un alto grado de probabilidad de la ocurrencia de los hechos.

FUNDAMENTOS:

VIGÉSIMO CUARTO: En conclusión, el debate se dividirá necesariamente en cinco partes, la existencia: i) De los fundados y graves elementos de convicción. ii) De una prognosis de pena mayor a cuatro años. iii) De peligro procesal. iv) La proporcionalidad de la medida. v) La duración de la medida. El representante del Ministerio Público debe comprenderlos en su requerimiento escrito, fundamentando cada extremo con exhaustividad. Esto posibilitará que la defensa lo examine antes de la audiencia, se prepare y pueda pronunciarse sobre estos y que el juez analice y resuelva cada uno, dividiéndose el debate en cada una de los cinco puntos indicados, ejerciéndose contradicción uno a uno, agotado uno se pasará al otro.

5.- SOBRE LOS FUNDADOS Y GRAVES ELEMENTOS DE CONVICCIÓN

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Para la adopción de la prisión preventiva no se exige que se tenga certeza sobre la imputación, solo que exista un alto grado de probabilidad de la ocurrencia de los hechos, mayor al que se obtendría al formalizar la investigación preparatoria; valiéndose de toda la información oralizada y acopiada hasta ese momento (primeros recaudos).

VIGÉSIMO OCTAVO: Sobre los actos de investigación se debe realizar un análisis de suficiencia similar al que se hace en la etapa intermedia del nuevo proceso penal, se deben evaluar individualmente y en su conjunto, extrayendo su fiabilidad y aporte, a efectos de concluir si es que la probabilidad sobre el hecho es positiva. En caso que el Fiscal se base en prueba indiciaria, deben cumplirse los criterios contenidos en la Ejecutoria Vinculante recaída en el Recurso de Nulidad número mil novecientos doce-dos mil nueve-Piura, de seis de septiembre de dos mil cinco.

VIGÉSIMO NOVENO: Es necesario que el Fiscal sustente claramente su aspecto fáctico y su acreditación. Así la defensa del imputado podrá allanarse o refutarlo, actuando positivamente por la irresponsabilidad, causa de justificación, inculpabilidad, error, etc., debiendo el Juez valorarlos y pronunciarse por ambas, y si esta último está sólidamente fundamentada, hará decaer el *fumus delicti comissi*.

6.- SOBRE LA PROGNOSIS DE PENA

TRIGÉSIMO PRIMERO: El artículo cuarenta y cinco-A del Código Procesal Penal, adicionado por la Ley número treinta mil setenta y seis, establece que la pena se aplica por tercios, inferior, intermedio y superior; será sobre la base de tres factores: a) Circunstancia generales atenuantes y agravantes, establecidos en el artículo cuarenta y seis, incisos uno y dos, incorporado por la Ley citada. b) Causales de disminución o agravación de la punición, siendo las primeras el error de prohibición vencible (artículo catorce del Código Penal), error de prohibición culturalmente condicionada vencible (artículo quince del Código Penal), tentativa (artículo dieciséis del Código Penal), responsabilidad restringida de eximentes imperfecta de responsabilidad penal (artículo veintiuno del Código Penal), responsabilidad restringida por la edad (artículo veintidós del Código Penal), complicidad secundaria (artículo veinticinco del Código Penal), y los segundos agravante por condición del sujeto activo (artículo cuarenta y seis-A del Código

Penal), reincidencia (artículo cuarenta y seis-B del Código Penal), habitualidad (artículo cuarenta y seis-C del Código Penal)[9], uso de inimputables para cometer delitos (artículo cuarenta y seis-D del Código Penal), concurso ideal de delitos (artículo cuarenta y ocho del Código Penal), delito masa (artículo cuarenta y nueve del Código Penal), concurso real de delitos (artículo cincuenta del Código Penal), concurso real retrospectivo (artículo cincuenta y uno del Código Penal). Asimismo, se debe tener en cuenta la regla establecida en el artículo cuarenta y cinco del Código Penal y las fórmulas de derecho premial, como confesión, terminación anticipada del proceso, conformidad del acusado con la acusación y colaboración eficaz. Este listado no es taxativo, por lo que el Juez puede fundarse en otra circunstancia que modifique la pena, siempre que lo justifique en la resolución.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Será desproporcional dictar una medida de prisión preventiva a quien sería sancionado con una pena privativa de libertad suspendida, estableciendo el artículo cincuenta y siete del Código Penal que podría ser cuando la pena sea menor de cuatro años y no haya proclividad a la comisión de delitos.

7.1.- ARRAIGO

TRIGÉSIMO NOVENO: Esto ha sido recogido en la Resolución Administrativa número trescientos veinticinco-dos mil once-P- PJ, de trece de septiembre de dos mil once, elaborado sobre la base de la Constitución Política del Estado, Código Procesal Penal, jurisprudencia internacional y nacional, doctrina, etc., entonces, no existe ninguna razón jurídica para entender que la presencia del algún tipo de arraigo (criterio no taxativo) descarta, a priori, la utilización de la prisión preventiva.

CUADRAGÉSIMO: Tampoco la sola situación de inexistencia de arraigo genera que deba imponerse necesariamente la prisión preventiva (ejemplo, ser extranjero no genera la aplicación automática de la prisión preventiva), sobre todo cuando existen otras que pudieran cumplir estos fines. Por lo que este requisito, debe valorarse en conjunto con otros, para establecer si es que en un caso concreto existe o no peligro de fuga.

7.2.- GRAVEDAD DE LA PENA

CUADRAGÉSIMO TERCERO: Entonces, de la gravedad de la pena sólo se obtiene un dato sobre el peligro de fuga, el cual debe ser valorado en conjunto con otros requisitos que también lo sustenten, así como ocurre con el arraigo.

7.3.- LA MAGNITUD DEL DAÑO CAUSADO

Cuadragésimo octavo: En consecuencia, la única forma de interpretación no lesiva a derechos del imputado es la que hace referencia a la gravedad del delito, vinculado a las circunstancias que agravarían la pena a imponer.

CUADRAGÉSIMO NOVENO: La propia redacción de la segunda parte de este criterio "ausencia de una actitud voluntaria del imputado para reparar el daño", implica que no estamos ante circunstancias del hecho, sino ante un criterio de reparación civil inaceptable.

QUINCUAGÉSIMO: La reparación del agraviado poco tiene que ver con el peligro procesal, sin embargo, atendiendo a una correcta interpretación, la actitud del imputado luego de cometido el delito, ayudará a acreditar su buena conducta en el proceso penal.

7.4.- COMPORTAMIENTO PROCESAL

QUINCUAGÉSIMO TERCERO: No son admisibles como criterios para determinarlo, la actitud legítima adoptada por el procesado en ejercicio de algún derecho que el ordenamiento le ha reconocido, así, el hecho de no confesar el delito atribuido no puede ser considerado como un mal comportamiento procesal.

QUINCUAGÉSIMO CUARTO: La segunda parte de este criterio (en otro procedimiento anterior), debe ser analizado con mayor rigurosidad, pues se hace la prognosis sobre un comportamiento anterior y lejano, que debe ser evaluado de conformidad con otros presupuestos del peligro de fuga. Asimismo, el hecho que en un anterior proceso se le impuso una prisión preventiva (o mandato de detención), no autoriza al Juez a imponer, por su solo mérito, una en el actual proceso.

7.5.- LA PERTENENCIA A UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL

QUINCUAGÉSIMO OCTAVO: Para fundamentar este extremo no basta con indicar que existe una organización criminal, sino sus componentes (organización, permanencia, pluralidad de imputados e intención criminal), así como la vinculación del procesado. Asimismo, motivar qué peligro procesal se configuraría al pertenecer a esta organización.

205

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

Casación	328-2012-ICA
Fecha	16 de noviembre del 2010
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Jueces Supremos	Villa Stein, Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Neyra Flores y Morales Parraguez.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 28°, 29°, 271°, 274°.2, 278° y 279° del NCPP.

RESUMEN:

El juez de la Investigación Preparatoria, como juez de garantías, es competente para resolver los requerimientos de prolongación de prisión preventiva. ***Esta facultad no solo se restringe a nivel de la Investigación Preparatoria****, sino que puede darse cuando la causa se encuentre en Etapa Intermedia, Juicio Oral o incluso, así se haya dictado sentencia condenatoria en primera instancia donde esta última esté en vía de recurso de apelación. Todo esto con el fin de salvaguardar y optimizar el principio de imparcialidad y el de pluralidad de instancias como parte de un proceso justo.*

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE:

QUINTO. De lo expuesto se desprende que nuestra normatividad legal le otorga facultad y competencia para resolver los requerimientos de prolongación de prisión preventiva, estrictamente al Juez de la Investigación Preparatoria, no estableciendo límites a dicha potestad, esto es, no restringe en modo alguno a que dicha facultad la realice únicamente a nivel de la investigación preparatoria; por lo que no existiendo prohibición legal en concreto, se puede entender, en principio, que es permisible que siga realizando esta función como Juez de Garantías, aún si la causa se encuentra en etapa intermedia, juicio oral o cuando se haya dictado

sentencia condenatoria de primera instancia, que se encuentre recurrida vía recurso de apelación. Al respecto, el inciso dos del artículo veintinueve del Código Procesal Penal, establece como competencia de los Juzgados de Investigación Preparatoria: *"Imponer, modificar o hacer cesar las medidos limitativas de derechos durante lo investigación preparatorio ..."*, de lo que se colige que no hay una prohibición expresa a que realice dicha actividad en otros estadios del proceso.

SEXTO. Ello es entendible, pues lo que se procura es que la dilucidación sobre la prolongación de la prisión preventiva, se realice vía una audiencia específica, la misma que se encuentra normativamente vinculada a la actuación del Juez de la Investigación Preparatoria como se ha precisado en el fundamento jurídico anterior. Por tanto, debe entenderse que es este Magistrado el competente para pronunciarse sobre las medidas cautelares que se solicitan con posterioridad a la conclusión de la etapa de investigación preparatoria, a fin que no exista el riesgo que lo decidido pueda influir en el futuro del proceso, toda vez que es otro órgano jurisdiccional el que se va a encargar del juzgamiento: Juez de Juzgamiento Unipersonal y/o Colegiado, que no realizaría un prejuzgamiento de los hechos materia de investigación si tuviera que pronunciarse sobre la medida cautelar de naturaleza personal solicitada, tanto más, si uno de los presupuestos de la prisión preventiva se refiere a la presencia de elementos de convicción, que vinculen razonablemente al procesado con los hechos que se le imputan, pues solo se prevé excepcionalmente que se pueda decidir la admisibilidad de la prueba penal rechazada por el Juez de la Investigación Preparatoria en la etapa intermedia o cuando se haya descubierto con posterioridad, debiéndose formar convicción sobre la base de la prueba producida en el juicio oral.

Garantía de imparcialidad que también se busca resguardar y se extiende en los supuestos en que el caso de fondo se encuentre con sentencia condenatoria en grado de apelación ante la Sala Penal Superior; que además no permitiría que haya derecho al recurso, por ser esta la última instancia.

SÉTIMO. En el mismo sentido, el inciso dos del artículo trescientos veintitrés del Código Procesal Penal, señala que: "El Juez de la investigación preparatoria, enunciativamente, está facultado para (...) pronunciarse sobre las medidas limitativas de derechos que requieran orden judicial y -cuando corresponda- las medidas de protección...". De ello se deriva entonces, que es el Juez de la Investigación Preparatoria el que, garantizando el derecho de las partes, deberá citarlos a la audiencia de prolongación de prisión preventiva, escenario en el que evaluadas las circunstancias propuestas resuelva el pedido, atendiendo y analizando debidamente la posición de las partes, ello en el estadio

en el que se encuentre el proceso, sin que tal situación signifique que la Sala Penal Superior al resolver el tema de fondo pueda desconocer lo resuelto por el juez de la Investigación Preparatoria con los efectos perniciosos que se pudieran obtener para el proceso, como sería el hecho de que en los casos que se declare la nulidad de la sentencia de primera instancia, el encausado quede en libertad y se sustraiga a la acción de la justicia. Ello pues, el artículo doscientos setenta y siete del Código Procesal Penal, indica: ***"El juez debe poner en conocimiento de la Sala Penal la orden de libertad, su revocatoria y la prolongación preventiva"***.

OCTAVO. En conclusión, a efectos de salvaguardar tanto el principio de imparcialidad como el de pluralidad de instancias –esto último, pues se daría lugar a que en virtud del recurso de apelación la parte que se considere afectada pueda recurrir lo decidido por el juez de la Investigación Preparatoria, ante el Superior Jerárquico-, se hace necesario establecer vía desarrollo jurisprudencial, que el encargado de resolver el pedido de prolongación de prisión preventiva, en todos los casos, es el juez de la Investigación Preparatoria, conforme se ha procedido en el presente proceso.

206

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

Casación	391-2011-PIURA
Fecha	18 de junio del 2013
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Jueces Supremos	Villa Stein, Pariona Pastrana, Salas Arenas, Barrios Alvarado y Rozas Escalante.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 283°, 433°.1 y 497°.1 del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	Apartado 2, 9°

RESUMEN:

Según se desprende del tenor literal del art. 283 del NCPP. nuestro ordenamiento jurídico penal faculta al encausado a exigir la cesación de la prisión preventiva y su sustitución por una de comparecencia, teniéndose como requisito fundamental para tal fin la existencia de nuevos elementos de convicción. ***Estos nuevos elementos tienen que demostrar que no concurren los motivos que determinaron la imposición de la prisión preventiva y que por tal razón es necesario sustituir tal medida por una de comparecencia*** *para una mayor protección a las libertades del imputado.*

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL:

APARTADO 2.9. La cesación de la prisión preventiva requiere una nueva evaluación pero en base a la presencia de nuevos elementos que deberán ser legítimamente aportados por la parte solicitante, elementos que deben incidir en la modificación de la situación preexistente y con ello posibilitar su aplicación. Por tanto si no se actúan nuevos elementos o los que se actuaron no fueron de fuerza suficiente para aquel propósito no podrá cesar la prisión preventiva.

Ello lógicamente implica que la evaluación se deberá efectuar teniendo en cuenta los requisitos generales para la procedencia de esta medida de coerción personal, temporal y mutable.

207

§207. Vigencia de la Ley Nº 29499 respecto de los requisitos recurrentes para dictar mandato de detención

Recurso de nulidad	4216-2009-LIMA
Fecha	25 de abril del 2011
Procedencia	Lima. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores y Calderón Castillo.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 29º-A y 52ª del CP.; Ley Nº 29499.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	Considerados 4º, 5º y 6º.

RESUMEN:

La Ley 29499, publicada el 19.01.10 y que regula la Vigencia Electrónica Personal, indica que la misma será aplicada progresivamente en los diferentes distritos judiciales según calendario oficial; y en Lima, Lima Norte, Lima Sur y Callao, una vez que se implementen los mecanismos logísticos necesarios para su aplicación.

Sin embargo, ***las modificatorias de la norma que no se encuentren relacionadas con dicha temática*** *–como lo son los requisitos concurrentes que debe considerar el Juez Penal para dictar mandato de detención, así como para revocar de oficio o a petición de parte dicha medida coercitiva-* ***deben considerarse de aplicación inmediata en tanto no generan gasto económico y resultan más beneficiosa para el procesado****, al regular que la prognosis de pena privativa de libertad requerida para la aplicación del mandato de detención es superior a cuatro años.*

FUNDAMENTOS:

"**CUARTO:** Que, debe indicarse que si bien la primera disposición final de la Ley número veintinueve mil cuatrocientos noventa y nueve –publicada en el diario oficial "El Peruano" el diecinueve de enero de dos mil diez-, establece que la referida Ley entrará en vigencia progresivamente en los diferentes distritos judiciales según el calendario oficial que será aprobado mediante Decreto Supremo, exceptuándose de dicho calendario a los distritos judiciales de Lima, Lima Norte, Lima Sur y Callao, en los cuales será aplicada una vez concluido el proceso de selección por concurso público e implementados todos los mecanismos de la vigencia electrónica personal, con la vigencia del reglamento pertinente, también lo es, que dicha disposición que regula la vigencia de la norma en cuestión, no debe ser interpretada mediante el método Gramatical o Literal para tales efectos, sino que, en el presente caso debe ser interpretada conforme a los métodos Teleológico y Sistemático que han sido desarrollados en el considerando anterior.

QUINTO: Que, por tanto, este Supremo Tribunal considera que la suspensión de la vigencia de la Ley número veintinueve mil cuatrocientos noventa y nueve solo está circunscrita a la aplicación de la Vigencia Electrónica Personal (hasta que se realice el proceso de selección por concurso público e implementen los mecanismos de la Vigilancia Electrónica Personal, lo que será declarado mediante Resolución Ministerial emitida por el titular del sector de Justicia, lo cual a la fecha no se ha realizado por razones de índole económica), mas no, respecto a las modificatorias de las normas que no sean directamente contraproducentes con dicho tema, como lo son para el presente caso, los requisitos concurrentes que deben tener en cuenta el Juez Penal para dictar mandato de detención, así como el supuesto para revocar de oficio o a petición de parte dicha medida coercitiva –debido a que no generan gasto económico-; más aún, si se tiene en cuenta que la aludida modificatoria respecto a los requisitos concurrentes para dictar mandato de detención contra un encausado sujeto a un proceso penal en las Cortes Superiores en donde todavía no entró en vigencia el Nuevo Código Procesal Penal –Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y siete-, resulta más beneficiosa para éste (prognosis de pena superior a cuatro años de pena privativa de libertad), respecto a los requisitos establecidos en la norma procesal anterior –Decreto Legislativo número seiscientos treinta y ocho- (prognosis de pena superior a un año de pena privativa de libertad), lo cual permite a su vez que haya igualdad y no discriminación de tratamiento procesal en el referido extremo respecto a los lugares geográficos en donde se lleva a cabo una investigación judicial sujeta al Nuevo Código Procesal Penal –Decreto Legislativo número novecientos cincuenta

y siete-, que establece como uno de los requisitos para dictar detención preventiva, una prognosis de pena mayor a cuatro años de pena privativa de libertad.

SEXTO: Que, en consecuencia por los fundamentos anotados y siendo evidente que la vacación legal a que se hace referencia en la primera disposición final de la Ley número veinticinco mil cuatrocientos noventa y nueve está referida sólo a la aplicación de la Vigilancia Electrónica Personal (que no ha sido posible hasta la fecha por razones de índole económica), este Supremo Tribunal interpreta que se encuentra vigente la modificatoria de la referida Ley respecto al artículo ciento treinta y cinco del Código Procesal Penal –Decreto Legislativo número seiscientos treinta y ocho- (aplicable a los procesos que son tramitados mediante el Código de Procedimientos Penales de mil novecientos cuarenta) que no genera gasto económico-, a excepción de la parte *in fine* de su último párrafo, que establece expresamente "*, en cuyo caso, el Juez podrá disponer la utilización de la vigilancia electrónica personal como mecanismo de control (...)*"; decisión judicial que se corresponde a la observancia del derecho a la libertad y seguridades personales, previsto en el literal "d", inciso veinticuatro del artículo dos e inciso tres del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado (ver fundamento de principio de legalidad penal en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaído en el Expediente número tres mil novecientos ochenta y siete-dos mil diez-PHC/TC, de fecha dos de diciembre de dos mil diez, caso: Alfredo Alexander Mirando Sánchez) y el debido proceso, previsto en el inciso tres del artículo ciento treinta y nueve del referido Texto Constitucional." (Sic.)

208

§208. Prolongación de la prisión preventiva

Recurso de nulidad	302-2018-LIMA NORTE
Fecha	19 de abril de 2018
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	San Martín Castro
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Sequeiros Vargas.
Disposiciones estudiadas	Exposición de Motivos del CP.

RESUMEN:

La prolongación tiene como pre-requisito el agotamiento del plazo y la necesidad ulterior de requerirse más tiempo para cumplir con los fines del proceso y evitar que éste se perjudique por un mal uso de la libertad por el propio imputado preso preventivo. Se advierte de la acusación fiscal se trata de tres conductas coordinadas entre sí, de una indagación policial-fiscal dificultosa y de tres imputados, así como se lleve a cabo una numerosa actividad probatoria dada la cantidad de testigos y peritos que deben declarar y ser examinados. Por ende, la prolongación del proceso para su actuación es obvia. Luego, es razonable –vista la gravedad de la pena solicitada– prolongar la prisión preventiva.

FUNDAMENTOS:

1. De la pretensión impugnativa de los imputados

PRIMERO. Que la defensa de los encausados Zúñiga Torres, Rentería Viera y Valverde García en su recurso formalizado de fojas quinientos cuarenta y seis, de veinte de diciembre de dos mil diecisiete, instó se reforme la prolongación de la prisión preventiva y se desestime el requerimiento del Fiscal. Alegó que el

auto de prolongación de prisión preventiva se dictó faltando cuarenta y cinco días para el vencimiento del plazo ordinario; que el artículo 272 del Código Procesal Penal establece que la prisión preventiva no durará más de nueve meses; que no se cumplen las exigencias del artículo 274 del código acotado pues se usó el máximo del plazo ordinario de la prisión preventiva; que no se atendió a lo dispuesto en la sentencia de casación número ciento cuarenta y siete guión dos mil dieciséis. Adjunta cuatro documentos que demostrarían arraigo laboral y familiar.

2. De los hechos procesales impugnativamente relevantes

SEGUNDO. Que por auto de fojas trescientos sesenta y dos, de once de mayo de dos mil diecisiete, se dictó mandato de prisión preventiva contra los tres impugnantes Zúñiga Torres, Rentería Viera y Valverde García por el plazo de nueve meses. El delito atribuido es el de tráfico ilícito de drogas con agravantes (artículos 296, segundo párrafo, y 297 apartado 6 primer párrafo del Código Penal, según el Decreto Legislativo número 1237, de veintiséis de septiembre de dos mil quince) en agravio del Estado [auto de apertura de instrucción de fojas trescientos cuarenta y ocho, de once de mayo de dos mil diecisiete].

Culminada la etapa de instrucción y elevada la causa al Tribunal Superior, el señor Fiscal Superior formuló acusación escrita contra los tres encausados y solicitó se les imponga veintiséis años de pena privativa de libertad –para

Zúñiga Torres– y dieciocho años de la misma pena para los restantes, sin perjuicio de las demás penas principales [fojas cuatrocientos cuarenta y cuatro de veintisiete de noviembre de dos mil diecisiete].

En la audiencia de control de acusación de fecha quince de diciembre de dos mil diecisiete, el señor Fiscal Superior requirió la prolongación del plazo de la prisión preventiva. El Tribunal Superior, previo trámite contradictorio, emitió el auto recurrido de fojas quinientos cuarenta, de la misma fecha, que acordó prolongar el plazo de la prisión preventiva hasta por seis meses más. Contra esta decisión se interpuso recurso de nulidad, materia de esta Ejecutoria.

TERCERO. Que el auto recurrido estimó el requerimiento fiscal porque: 1. Se trata de un proceso con pluralidad de partes –tres hechos y tres circunstancias que deben tratarse para la dilucidación del caso–, de carácter ordinario, y tramitado dentro de un despacho recargado. 2. Se han dispuesto diversas diligencias con dificultad de actuación. 3. Los documentos de descargo para apreciar el peligrosismo procesal que se presentaron en la audiencia de prisión preventiva, no enervan la posibilidad de un mal uso de la libertad.

3. De la absolución del grado

CUARTO. Que es de tener presente que en el auto de enjuiciamiento dictado en el curso de la audiencia de control antes indicada se dispuso la concurrencia al acto oral como testigos de diez policías y de tres civiles, así como la asistencia de cuatro peritos policiales [fojas quinientos treinta y tres a quinientos treinta y cinco].

QUINTO. Que, en principio, es patente que el Código Procesal Penal establece dos referencias a los plazos de la prisión preventiva. Primero, reconoce y regula el denominado "plazo ordinario" de la prisión preventiva, que tratándose de procesos comunes no complejos, no durará más de nueve meses.

Segundo, admite la posibilidad de un "plazo prolongado", adicional al ordinario, que no podrá ser superior a los nueve meses adicionales en los procesos comunes no complejos (artículos 271, apartado 1, y 274, apartado 1, literal 'a', del Código Procesal Penal).

La existencia del plazo prolongado, desde luego, está sujeto al principio de proporcionalidad, y tiene presupuestos materiales propios, adicionales a los que regulan el plazo ordinario de la prisión preventiva. Son: a) que concurran circunstancias que importan una especial dificultad o prolongación de la investigación o del proceso; y, b) que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia u obstaculizar la actividad probatoria. Siendo así, no existe contraposición entre uno u otro plazo, y menos puede afirmarse que utilizado el máximo de nueve meses permitido por el artículo 272 apartado 1 del Código Procesal Penal ya no puede prolongarse. Precisamente, la prolongación tiene como pre-requisito el agotamiento del plazo y la necesidad ulterior de requerirse más tiempo para cumplir con los fines del proceso y evitar que éste se perjudique por un mal uso de la libertad por el propio imputado preso preventivo.

SEXTO. Que, en el presente caso, según se advierte de la acusación fiscal se trata de tres conductas coordinadas entre sí, de una indagación policial-fiscal dificultosa y de tres imputados, en cuyo ámbito se actuaron una pluralidad de diligencias de investigación. Asimismo, del auto de enjuiciamiento se advierte que para la realización del juicio oral se requieren se lleve a cabo una numerosa actividad probatoria dada la cantidad de testigos y peritos que deben declarar y ser examinados. Por ende, la prolongación del proceso para su actuación es obvia. Aún no se iniciaba siquiera la etapa de enjuiciamiento. Luego, es razonable –vista la gravedad de la pena solicitada– prolongar la prisión preventiva.

La causa de pedir incidió en la ausencia de peligro procesal de fuga. No se cuestionó, por lo demás, el presupuesto de sospecha vehemente de comisión del delito –tampoco de la gravedad del delito, en tanto que el Fiscal solicitó una pena muy grave–. En cuanto al peligro de fuga, nada indica un arraigo familiar u otras circunstancias que justifiquen inferir razonablemente que si se les otorga libertad no se apartarán del proceso o no asistirán al juicio oral, frustrando su instauración y, en su caso, su continuación hasta la expedición del fallo. Consta alguna documentación, pero en modo alguno se erige en base suficiente para eliminar o disminuir sensiblemente el peligro de fuga.

SÉPTIMO. Que es de añadir que en sede de recurso de nulidad no cabe examinar prueba presentada luego de emitido el auto recurrido. La naturaleza de revisión de la instancia, propia del recurso de nulidad, impide tal posibilidad, más aún si tales documentos no se han sometido a contradicción.

Si se presentan nuevos documentos será del caso pedir la cesación de la prisión preventiva por decaimiento de un presupuesto de la prisión preventiva, vinculado al peligrosismo procesal.

209

§209. Prisión preventiva: presupuesto y requisitos

Acuerdo Plenario	01-2019/CIJ-116
Fecha	10 de setiembre de 2019
Procedencia	Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República. XI Pleno Jurisdiccional.
Ponentes	San Martín Castro, Neyra Flores, Sequeiros Vargas, Chávez Mella y Castañeda Espinoza.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Figueroa Navarro, Balladares Aparicio, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Castañeda Espinoza, Núñez Julca, Castañeda Otsu, Sequeiros Vargas, Pacheco Huancas, Guerrero López, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Art. 116 TUO de Ley Orgánica del Poder Judicial

RESUMEN:

Los motivos de prisión preventiva, que se erigen en requisitos de la prisión preventiva, son dos: (i) delito grave, y (ii) peligrosismo procesal (periculum libertatis, que en el proceso civil se denomina periculum in mora).

Para fijar el plazo de la prisión preventiva se ha de tener en cuenta (i) la dimensión y complejidad de la investigación, así como las demás actividades del proceso en sede intermedia y de enjuiciamiento; (ii) la gravedad y extensión del delito imputado; (iii) la dificultad y cantidad de actos de investigación que sea menester llevar a cabo; (iv) las actuaciones de investigación ya realizadas –especialmente en sede de diligencias preliminares–; (v) la necesidad o no de realizar actos de cooperación judicial internacional; (vi) la obligación, por la naturaleza de los hechos investigados, de realizar actividades periciales complejas; (vii) la presencia o ausencia de los imputados en la causa y el comportamiento procesal de estos últimos; (viii) el riesgo de fuga subyacente y las posibilidades de conjurar el riesgo de obstaculización mediante anticipación probatoria o incautaciones de documentos, entre otras.

El juez tiene la dirección material de la audiencia –no ha de permanecer pasivo– y debe, por tanto, ejercer sus poderes de dirección para evitar todo tipo de desnaturalización de la audiencia de prisión preventiva y, a su vez, garantizar su brevedad y rigor.

La resolución del juez debe ser conocida y estabilizada en un medio determinado a tono con la tecnología más actualizada, cierta y segura, que evite alteraciones en su texto o su desaparición y procure su debida difusión cuando corresponda.

FUNDAMENTOS VINCULANTES:

§4. Presupuesto de la prisión preventiva: Sospecha fuerte

24. Un presupuesto imprescindible de la prisión preventiva, base de las causales o motivos que le corresponde y que solo deben examinarse a continuación para su dictación y mantenimiento, dice la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (véase: INFORME 2/97, de 11 de marzo de 1997, párr. 26), es el de sospecha grave y fundada, tal como está definido por el artículo 268, literal 'a', del Código Procesal Penal, a fin de determinar la fundabilidad de la pretensión de prisión preventiva del fiscal [DEL RÍO LABARTHE, GONZALO: Prisión preventiva y medidas alternativas, Instituto Pacífico, Lima, 2016, p. 164]. Así se ha establecido en la Sentencia Plenaria Casatoria 1-20017/CIJ-433, de once de octubre de 2017, FFJJ 23 y 24.

Supone, según escribió CALAMANDREI, un preventivo cálculo de probabilidades sobre el resultado de la futura resolución judicial principal [conforme: CALDERÓN CEREZO – CHOCLÁN MONTALVO: Derecho Procesal Penal, Editorial Dykinson, Madrid, 2002, p. 266]. El término "sospecha" debe entenderse, en sentido técnico jurídico, como el estado de conocimiento intermedio, de diferente intensidad, a partir de datos inculpatorios obtenidos en el curso de la averiguación del delito, que autorizan a dictar decisiones y practicar determinadas actuaciones. Se trata, entonces, de una *conditio sine qua non* de la legitimidad de la privación procesal de la libertad personal, cuya ausencia determina que la prisión preventiva dispuesto sea arbitraria (SCoIDH caso Tibi vs. Ecuador, de 7 de septiembre de 2004).

Apuntó la STEDH de 30 de agosto de 1990, caso Fox, Campbell y Hartley vs. Reino Unido que este requisito inserta una exigencia de racionalidad –que incluye la solidez– de los indicios y es una parte fundamental de la protección que proporciona el Derecho Internacional de los Derechos Humanos contra las privaciones de libertad arbitrarias. Presupone la existencia de hechos o informes adecuados para convencer a un observador imparcial de que el individuo de que se trate pudo haber cometido el delito. Lo que puede considerarse "racional" dependerá del conjunto de las circunstancias; es decir, que el juez debe valorarlos según las máximas de la experiencia y del normal sentido común [conforme: GUTIÉRREZ DE CABIEDES, PABLO: La prisión provisional, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2004, p. 130].

Si bien la sospecha fuerte es más intensa que la sospecha suficiente, pero por lo general se sustenta sobre una base más estrecha de resultados investigativos provisionales, por lo que muy bien puede ocurrir que se dicte una orden de prisión preventiva, aunque no se pueda aún decir que se llegará a la apertura del juicio oral –el curso de las investigaciones determinará si esa sospecha fuerte se mantiene o se relativiza o excluye– [VOLK, KLAUS: Curso Fundamental de Derecho Procesal Penal, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2016, p. 115]. Además, precisamente por ello, por tratarse de un juicio de probabilidad –sujeto a la evolución de las investigaciones–, como previene ORTELLS RAMOS, aunque subsista una duda, la prisión puede acordarse [ORTELLS RAMOS, MANUEL y otros: Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal, Editorial Bosch, Barcelona, 1991, p. 556].

25. La verificación de esta sospecha fuerte requiere, en tanto juicio de atribución del delito al imputado, el examen de las fuentes-medios de investigación o de las fuentes-medios de prueba lícitos –la licitud es un componente necesario del concepto de prueba– acopiados en el curso de la causa –principalmente por el fiscal, aunque también es de examinar los que puede presentar el imputado y su defensa–, tras cuyo análisis corresponda concluir, desde una inferencia razonable, que el imputado es fundadamente sospechoso; esto es, que exista un alto grado de probabilidad de que él luego va a ser condenado –el estándar probatorio es particularmente alto, aunque no al nivel de la

sentencia condenatoria (no se requiere certeza sobre la imputación (Sentencia casatoria 626-2013/Moquegua, de 30 de junio de 2015, FJ 24to.)–, mientras que la "sospecha suficiente" quiere decir llanamente simple existencia de la probabilidad respecto de una futura condena. O, expuesta esta causal en términos negativos, los elementos de juicio que apoyen la acusación –los extremos esenciales y necesarios de la imputación fiscal– deben ser suficientemente consistentes para considerar baja la probabilidad de que el sometido a prisión preventiva acabe finalmente absuelto, y, por tanto, resulte injustificada la medida de coerción [conforme: FERRER BELTRÁN, JORDI: Obra citada, p. 146].

Se ha de afirmar un juicio de probabilidad sentado en criterios objetivos sólidos o indicios consistentes (STCE 128/1995, de 26 de julio, FJ 3ro.); esto es, contar con un sistema coherente de datos graves, precisos y concordantes, y con un alto grado de confianza, consistencia, fiabilidad y credibilidad, sin llegar, por cierto, al estándar de convencimiento más allá de toda duda razonable, propio de la sentencia condenatoria [conforme: CASTILLO ALVA, JOSÉ LUIS: El *fumus comissi delicti* y el estándar probatorio en la prisión provisional. En: VÁSQUEZ, CARMEN (Coordinadora): Hechos y razonamiento probatorio, Zela Grupo Editorial, Lima, 2019, pp. 223-231]. Este juicio de probabilidad fuerte o alto grado de probabilidad, como enfatizaron ROXIN/SCHÜNEMANN, requiere asumir, con tal entidad o nivel de probabilidad, de que el imputado ha cometido el hecho delictivo –como autor o como partícipe– y de que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad [ROXIN, CLAUS – SCHÜNEMANN, BERND: Derecho Procesal Penal, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2019, pp. 374-375]. No es de recibo una medida de coerción ante un hecho no incriminado o no punible, pues la "culpabilidad" indicada por esos síntomas significa condena probable y es una probabilidad igual a cero cuando existan desacriminantes, causas de exclusión de la responsabilidad penal o hechos extintivos [conforme: CORDERO, FRANCO: Obra citada, p. 404. BERNAL CUELLAR – MONTEALEGRE LYNETT: El Proceso Penal, Tomo I, 6ta. Edición, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 523]. ARAYA VEGAS denomina a este presupuesto: "mérito sustantivo" y le da el tratamiento de un

presupuesto de persecución penal –que podría implicar una *contraditio in terminis* al reunir en una misma institución jurídica lo material y lo procesal–, y que no obstante lo entiende, correctamente, como un grado de probabilidad suficiente –fuerte, diríamos nosotros– de que el sujeto procesado cometió un hecho delictivo que tiene prevista una pena privativa de libertad, así como de elementos de prueba objetivos –en puridad, elementos de investigación, que el Código denomina muy ampliamente "elementos de convicción"– para determinar su vinculación con el hecho atribuido [ARAYA VEGA, ALFREDO: La prisión preventiva – Tratamiento desde los Derechos Humanos, Editorial Ideas, Lima, 2014, p. 49].

26. Desde la perspectiva del juez, la probabilidad que se requiere, a diferencia de la certeza, significa un acercamiento plausible al éxito de la acción emprendida, esto es el juicio del sujeto cognoscente que estima haberse acercado al resultado buscado, el resultado de la verdad, aunque reconoce no haber alcanzado totalmente; en otras palabras, no está convencido de estar en posesión de la verdad, pero cree que se ha aproximado a ella [MAIER, JULIO B.J.: Derecho Procesal Penal I, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 843]. Los datos o elementos que aportan las fuentes-medios de investigación o de prueba han de ser graves; no bastan débiles probabilidades, aunque es de entender que las probabilidades no son cuantificables.

    Ahora bien, es de aclarar que el indicio en materia de coerción procesal, a diferencia del indicio en materia de probatoria –propio de la etapa principal del juicio oral y utilizado para fundar la sentencia condenatoria–, tras la interpretación objetiva de la fuente-medio de investigación o de prueba (preconstituida, o anticipada si fuere el caso) –fase de traslación en la apreciación de los mismos–, valorados libremente –que no arbitrariamente– por el órgano jurisdiccional, da lugar a un juicio centralmente hipotético –con cierto nivel de incertidumbre–, en cuya virtud el indicio es la base fáctica –no de una comprobación, propia del indicio probatorio– de una predicción, esto es, para afirmar la posibilidad que algo suceda en el futuro –no que sucedió en el pasado–: no da lugar a afirmar una probabilidad tan alta que equivalga a la certeza jurídica [PUJADAS TORTOSA, VIRGINIA: Obra citada, p. 210].

No se puede anticipar lo que es propio del juicio oral –si se cuenta con pruebas suficientes o no para dictar en su día una sentencia condenatoria contra el imputado, si habrán de prosperar o no algunas de las alegaciones auto exculpatorias que el mismo efectúa–, sino si constan en la causa datos e indicios suficientes de que el imputado intervino, de uno u otro modo, en la comisión del delito atribuido.

27. El juicio de imputación, siempre de un determinado delito, requiere, por consiguiente, de que precisamente el hecho sea delictivo –éste no puede carecer de tipicidad penal– y que, además, no se acredite la concurrencia de alguna causa de exención o extinción de la responsabilidad penal (artículos 20 y 78 del Código Penal) [GIMENO SENDRA, VICENTE: Derecho Procesal Penal, 2da. Edición, Editorial Civitas, Pamplona, 2015, p. 684]. La prisión preventiva supone un cierto grado de desarrollo de la imputación, una probabilidad concreta de que el imputado haya cometido el hecho punible. Es, empero, un requisito indispensable pero no suficiente pues debe ser confirmado por el peligrosismo procesal [conforme: QUIROZ SALAZAR, WILLIAM: Prisión preventiva – Perspectiva constitucional, dogmática y del control de convencionalidad, Editorial Ideas, Lima, 2014, pp. 146-147]. La imputación, entonces, requiere, primero, de la existencia de un hecho constitutivo de infracción penal; y, segundo, de la existencia de un sujeto pasivo del proceso penal (de un imputado, contra quien se ha dictado la inculpación formal –es decir, con mayor precisión, Disposición Fiscal de formalización de la investigación preparatoria). Este análisis de alta probabilidad debe realizarse, como enfatizó la Sentencia Casatoria 564-2016/Loreto, de 12 de noviembre de 2018, FJ 5to., no solo a partir de un alto grado de probabilidad de la comisión del delito y de la intervención del imputado, examinándose los actos de investigación de manera individual y conjunta –así, incluso, lo estableció la sentencia casatoria vinculante 626-2013/Moquegua de 30 de junio de 2015–, sino además conforme con los criterios propios de la teoría de la imputación objetiva y subjetiva; y, tiene como sustento, que los cargos sean concretos y definan con claridad lo penalmente relevante [Sentencia Casatoria 724-2015/Piura, de 15 de abril de 2016].

No basta la concurrencia, en el caso, de meros indicios –procedimentales, claro está– o de sospechas genéricas; se exigen, pues, fuentes-medios de investigación o, en su caso, de prueba, directas o indirectas "[...] que sean plurales, coincidentes en un mismo resultado, y fundadas; el juicio de alta probabilidad debe ser razonable y asentado en criterios objetivos suficientes" [ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: Obra citada, pp. 827-828]. En suma, se precisa la existencia de datos concretos indicadores de un injusto penal importante para las actuaciones de la causa, que con alta probabilidad permiten concluir, provisionalmente como es obvio, la concurrencia del hecho y de su vinculación con el imputado –que hay probabilidad, alta, de delito (con la presencia –agregamos– de toda sus categorías materiales: tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad, así como de los presupuestos procesales correspondientes) y de que el imputado es responsable del mismo– (Sentencia del Tribunal Supremo Español –en adelante, STSE– 241/2009, de 13 de marzo). El juzgador, desde luego, debe explicitar la relación indiciaria de aquel o aquellos medios de investigación o de prueba (preconstituida o, excepcionalmente, anticipada) que relacionan de manera preliminar al procesado con el hecho imputado [conforme: STC 0349-2017-PHC/TC, de 21 de abril de 2017].

§5. Motivos de prisión preventiva: Requisitos

34. Los motivos de prisión preventiva, que se erigen en requisitos de la prisión preventiva, son dos: (i) delito grave, y (ii) peligrosismo procesal (*periculum libertatis*, que en el proceso civil se denomina *periculum in mora*)".

35. Delito grave: El artículo 268 del Código Procesal Penal, desde el sub principio de proporcionalidad estricta, fijó un mínimo legal de carácter objetivo, cuantitativo, en función a la pena privativa de libertad previsible para el caso concreto -no de simple conminación penal abstracta-. Estipuló, al respecto: "Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de la libertad", bajo el entendido implícitro que más allá de cuatro años de pena privativa de libertad siempre será efectiva (así, artículo 57 del Código Penal). El pronóstico judicial sobre el fondo o mérito de las actuaciones, siempre provisional por cierto, debe asumir los criterios de medición

de la pena conforme al conjunto de las disposiciones del Código Penal; y, en su caso, si se está ante un concurso ideal o real de delitos, delito continuado o concurso aparente de leyes (o unidad de ley)".

Son dos pues los ejes de este requisito: 1. Gravedad y características del delito imputado. 2. Entidad de la pena que en concreto podría merecer el imputado, a partir de las concretas circunstancias del caso y de las características personales del imputado. La valoración del legislador, respecto de la conminación penal, es desde luego determinante".

36. Es de entender que si el pronóstico de pena concreta no será, en ningún caso, superior a cuatro años de privación de libertad, ya no cabe analizar el peligrosismo procesal y corresponderá inevitablemente dictar mandato de comparecencia. El juicio de proporcionalidad estricta así lo demanda, sin excepciones.

Otro supuesto se presenta cuando la ley no autoriza, por ejemplo, imponer pena suspendida o reserva de fallo condenatorio, pese a que la pena privativa de libertad no supere ese límite –lo que no obsta, desde luego, a las conversiones autorizadas legalmente–. Estos preceptos, como es patente, solo se refieren al juicio de medición para la imposición de la pena en la sentencia, consecuentemente, no se opone a que durante el proceso el imputado esté en libertad, para lo cual, en todo caso, pueden imponerse determinadas restricciones, siempre si son razonables para evitar que éste fugue o manipule fuentes de investigación o de prueba o que, en su día, se sustraiga a la ejecución de la pena.

37. De otro lado, si se trata de delitos especialmente graves, conminados con penas especialmente elevadas –en este punto se ha de seguir el criterio objetivo asumido por el legislador penal, el mismo que está en función a la pena concreta que podría merecer el imputado en caso de condena–, como, por ejemplo: cadena perpetua o pena privativa de libertad no menor de quince años, que exceden con creces los límites mínimos legalmente previstos, siempre se entenderá que es un requisito necesario pero no suficiente para imponer mandato de prisión preventiva, aunque, siguiendo verbigracia a la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán, BVerfGE, 19, 342 (350), invariablemente se requerirá la presencia del peligrosismo procesal;

no obstante, en la verificación de su existencia, no se debe ser tan exigente para imponer el baremo de sospecha fuerte, sino será de rigor asumir el de sospecha suficiente –grado inmediatamente inferior a la sospecha fuerte– [confróntese: ROXIN/SCHÜNEMANN: Obra citada, pp. 376-377], pues el análisis está precedido razonablemente de un dato fuerte de pena elevada, a la que el imputado no es ajeno en cuanto su conocimiento y riesgos –lo que desde ya, legalmente, constituye una situación constitutiva del riesgo de fuga–, y que hace más probable el peligro para el debido cauce el proceso y, por tanto, marca una pauta sólida de riesgo de fuga.

En igual sentido, se debe comprender bajo estas mismas consideraciones aquellas conductas que están vinculadas a la actuación delictiva de personas integradas a la criminalidad organizada, de especial preocupación por la comunidad internacional –que, como apuntó el Secretario General de las Naciones Unidas, KOFI ANNAN, se trata de un flagelo que constituye un problema mundial [PREFACIO. Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos. Nueva York. 2004. p. iv]– y de una obvia lesividad social que incluso ha merecido la institucionalización de diversos convenios sobre la materia, especialmente la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada trasnacional, de diciembre de 2000, cuyos lineamientos básicos han de seguirse en sede nacional.

Cuando se menciona el grado de sospecha "suficiente", siempre en clave de evaluación provisoria del suceso histórico postulado por la Fiscalía, debe entenderse que su acreditación prima facie resulta probable –más probable que una futura absolución–, aunque menor que la sospecha vehemente o fuerte [VOLK, KLAUS: Obra citada, p. 78). Es lo que se denomina "probabilidad preponderante", no alto grado de probabilidad, propio de la sospecha fuerte o vehemente [ROXIN–SHÜNEMANN: Obra citada, pp. 375 y 497].

38. Con motivo de las ulteriores modificaciones de la legislación penal, en especial con la inclusión de la "vigilancia electrónica personal", cuyas disposiciones vigentes son el Decreto Legislativo 1322, de 6-1-2017, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo 004-2017-JUS, de 9 de marzo de 2017, modificado por el Decreto Supremo 006-2018/JUS, de 14 de mayo de 2018, es de rigor asumir una perspectiva

adicional a la pena concreta estatuida por el citado artículo 268 del Código Procesal Penal. En efecto, el artículo 5, apartado 1, literal a), del aludido Decreto Legislativo, fijó como baremo "[...] cuando la imputación se refiera a la presunta comisión de delitos sancionados con una pena no mayor a ocho años" para la vigilancia electrónica personal. La correcta interpretación de este precepto es que se refiere a la pena concreta, pues de otra forma no se entendería que para el caso de los condenados el límite es, precisamente, ocho años de pena privativa de libertad impuesta (literal 'b' de dicha disposición legal). El principio-derecho de igualdad ante la ley se quebraría si se adoptan dos baremos para definir una misma institución jurídica cuando se trata de identificar el límite penológico correspondiente, que obviamente debe ser el mismo para ambos. Nada justifica razonablemente una opción distinta; ni los fundamentos ni su objetivo político criminal.

39. Peligrosismo procesal (*periculum libertatis*). Este peligrosismo, afirma GUTIÉRREZ DE CABIEDES, nos remite a los riesgos relevantes, y éstos, a las finalidades constitucionales legítimas de esta medida [GUTIÉRREZ DE CABIEDES, PABLO: Obra citada, p. 131], por lo que es el elemento más importante para evaluar la validez de una medida de coerción y en él se advierte mejor que en ningún otro elemento las funciones que están llamadas a cumplir las referidas medidas de coerción [DEL RÍO LABARTHE, GONZALO: Obra citada, p. 113].

El Código Procesal Penal asumió la concepción o teoría de los dos peligros para justificar convencional y constitucionalmente la prisión preventiva: peligro de fuga y peligro de obstaculización. Solo se requiere la concurrencia de un peligro o riesgo procesal concreto para justificar la prisión preventiva; puede ser uno u otro, sin perjuicio de que puedan concurrir los dos peligros. Esta es la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (SSCoIDH de 12 de noviembre de 1997, caso Suarez Rosero vs. Ecuador, párr. 77; y, de 20 de noviembre de 2014, caso Argüelles y otros vs. Argentina, párr. 120). A esto se denomina, siguiendo a ORTELLS RAMOS, "situaciones constitutivas del riesgo", y las constancias de su consagración "circunstancias acreditativas del riesgo" [ORTELLS RAMOS, MANUEL: Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal. En: Revista General de Legislación y

Jurisprudencia, núm. 244, tomo 254, mayo de 1998, Madrid, pp. 439 y ss.]. El peligrosismo o peligro procesal fundamenta y justifica la prisión preventiva [PÉREZ LÓPEZ, JORGE: El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva. En: Revista Derecho y Cambio Social, Lima, 2005, p. 5. SSTC 1821-2006-PH/TC; 1091-2002-HC/TC; y, 2268-2002-HC/TC].

40. Para la acreditación del riesgo el juez debe apreciar y declarar la existencia del peligro a partir de los datos de la causa –lo que, sin duda, requiere de un complemento subjetivo de muy difícil concreción–, que den cuenta de la capacidad del imputado de huir u obstruir la labor de la investigación; la probabilidad de estos peligros debe ser alta [conforme: BERNAL CUELLAR – MONTEALEGRE LYNETT, Obra Citada, pp. 529 y 535]. En todo caso, su determinación obliga al juez, como acota NIEVA FENOLL, a construir una perspectiva de futuro, así como evitando presunciones y, con mayor razón, meras conjeturas [conforme: NIEVA FENOLL, JORDI: Derecho Procesal III, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 285].

41. **Peligro de fuga.** El literal c) del artículo 268 del Código Procesal Penal identificó este riesgo, siempre que sea razonable colegir, en razón a (i) los antecedentes del imputado y (ii) otras circunstancias del caso particular, que tratará de eludir la acción de la justicia –existencia de datos objetivos y sólidos, no de meras conjeturas, es decir, signos de alta importancia inductiva–.

    A su vez, para calificar este peligro, el artículo 269 del citado Código reconoció cinco situaciones específicas constitutivas del referido riesgo o peligro, siempre entendidas, conforme a la primera norma, como "*numerus apertus*" –se trata, en todo caso, de tipologías referenciales– [...]. Fijó las siguientes: 1. El arraigo en el país, determinado por su domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país –no simplemente, de viajar al extranjero– o permanecer oculto. 2. La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento. 3. La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria para repararlo. 4. El comportamiento durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal –tal vez, el

criterio rector de la misma–. 5. La pertenencia a una organización criminal o su reintegración a las mismas".

En atención a lo expuesto, es patente que el fin primordial de este riesgo es la realización plena de la tutela jurisdiccional: la huida del imputado frustraría no sólo la futura ejecución de la pena sino, antes, el desarrollo normal del propio proceso penal [GUERRA PÉREZ, CRISTINA: La decisión judicial de prisión preventiva, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 151]. Estas situaciones específicas constitutivas del riesgo procesal son datos que la propia experiencia acredita como determinantes de un mayor o menor peligro, pero datos que abstractamente considerados nada significan, por lo que han de valorarse de modo individualizado [ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: Derecho Procesal Penal, 3ra. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 209]. Siempre, caso por caso. Este criterio, pues, como apunta ORÉ GUARDIA, siguiendo a BINDER, es de naturaleza relacional y requiere identificar el vínculo que debe existir entre las circunstancias arriba descriptas y el peligro latente de que el procesado pueda efectivamente sustraerse a la acción de la justicia [ORÉ GUARDIA, ARSENIO: Obra citada, p. 154].

De estas situaciones específicas constitutivas del riesgo de fuga resalta, desde luego, las características del delito, así como la gravedad del mismo y de la pena. Se trata de una situación inicial y fundamental –abstracta– con fuerte relevancia en el pronóstico de fuga, por cuanto, como es innegable, la frustración de la acción de la Administración de Justicia se evidencia tanto por el hecho de que mayor gravedad más intensa cabe presumir la tentación de la huida, cuanto por el hecho de que a mayor gravedad de la acción cuya falta de enjuiciamiento se teme, mayor será el prejuicio que, en el caso de materializarse la fuga, sufrirían los fines perseguidos por la justicia, aunque pasados los primeros momentos de la investigación se necesita ponerse en relación con otros datos relativos tanto a las características del imputado –como el arraigo familiar, profesional y social, las conexiones con otros países, los medios económicos de los que dispone, etcétera– (confróntese: STEDH W. vs. Suiza, de 26 de enero de 1993; y, STCE 128/1995, de 26 de julio).

42. La ley sitúa estas circunstancias como pertinentes para colegir razonablemente el peligro de fuga, bajo tres lineamientos: (i) que

se invoquen como tales, como justificativas del peligro; (ii) que se acrediten desde una sospecha fuerte, que no necesariamente debe ser urgente, pero a la vez los medios de investigación o de prueba adjuntados indiquen cómo así el imputado podrá eludir la acción de la justicia, que tenga la oportunidad de hacerlo –sin explicación de esto último, tampoco se podrá justificar la existencia del riesgo [NIEVA FENOLL, JORDI: Obra citada, p. 286]–; y, (iii) que las inferencias probatorias, racionalmente utilizadas, autoricen a sostener la existencia del peligro concreto de fuga –no hace falta, desde luego, que si la sospecha fuerte respecto de la imputación y del riesgo de fuga constan en la causa, se requiera además que el imputado intente de veras escaparse; solo se requiere que exista el riesgo razonable de que pueda hacerlo–.

Cabe resaltar que en el pronóstico de peligro de fuga deben ponderarse todas las circunstancias a favor y en contra de la huida, y evitarse meras presunciones. Los hechos o datos en los que se basa este peligro –las situaciones específicas constitutivas del riesgo procesal– únicamente deben configurarse con una probabilidad que se corresponda con la sospecha fuerte: no se requiere un convencimiento cabal acerca de la verdad de los hechos en los que tal peligro se basa [conforme: VOLK, KLAUS: Obra citada, p. 113]. Así, por ejemplo, si el delito tiene previsto una pena elevada, que excede con creces el mínimo legalmente previsto, pero es un extranjero y carece de residencia legal en el país, cabría dictar mandato de prisión preventiva; igualmente, en delitos similares e integración en una organización criminal con contactos en el extranjero, por su propia dinámica delictiva, por sus contactos personales en esos países –v.gr.: lugar desde donde se proporciona la droga y/o se tiene los contactos–, es razonable estimar el persistente riesgo de fuga, aun cuando tenga arraigo social en el país (confróntese: STCE 145/2001, de 18 de junio). Empero, como acotó la STEDH Stögmuller vs. Austria, de 10 de noviembre de 1969, párr. 88, es claro que la simple posibilidad o facilidad que tiene el imputado para pasar la frontera, no implica peligro de fuga; se requiere la concurrencia de unas circunstancias, especialmente la pena grave que se prevé, o la singular oposición del acusado a la detención, o la falta de arraigo sólido en el país, que permitan suponer que las

consecuencias y riesgos de la fuga, le parecerán un mal menor que la continuidad del encarcelamiento.

43. En clave de los factores legalmente considerados para estimar el posible riesgo de fuga, se tiene que automáticamente, luego de transcurrido un lapso de tiempo razonable del inicio de la investigación, no puede desprenderse el peligro examinado en atención únicamente a la pena previsible, desde el fumus comissi delicti. Los automatismos no son de recibo –este peligro no puede ser apreciado esquemáticamente, según criterios abstractos [ROXIN/SCHÜNEMANN: Obra citada, p. 375]–. Tienen que agregarse, a la pena previsible y a la naturaleza del delito –sin perjuicio de analizar la entidad del aporte del imputado al hecho delictivo, si se trata de un caso de codelincuencia, organización criminal o banda criminal, y el peso de las pruebas de cargo conocidas por el imputado, su personalidad y sus circunstancias particulares–, otros factores que inciden en el peligro concreto de fuga. No tienen una significación y virtualidad autónomos para justificar en sí mismos la prisión preventiva, pues se trata de presunciones que, en cualquier caso, pueden ser destruidas por los otros datos relevantes del proceso, y que el juez debe explicar la inexistencia de medios para conjugar tal peligro de fuga, a través, por ejemplo, del pago de caución o de una medida alternativa o de restricciones [conforme: STEDH caso Tomasi vs. Francia, de 27 de agosto de 1998, párr. 40-44]. Los motivos justificatorios del riesgo de fuga no se pueden apreciar únicamente sobre la base de la gravedad de la pena posible –de ser así, la intensidad en abstracto de la reacción penal conllevaría una inadmisible consecuencia procesal directa [JAUCHEN, EDUARDO: Obra citada, p. 589]. Deben analizarse, con las prevenciones que luego se expondrán (vid.: párr. 45), en función de un conjunto de elementos suplementarios pertinentes y apropiados ya sea para confirmar la existencia de un verdadero riesgo de fuga, ya sea para hacer patente que ese riesgo es tan improbable que no puede justificar la prisión preventiva [STEDH caso Demirel vs. Turquía, de 28 de enero de 2003, párr. 59, con antecedentes en la STEDH de 8 de junio de 1995].

En realidad, como apunta SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, siguiendo la jurisprudencia alemana, la pena amenazada solo puede justificar la adopción de la prisión preventiva si de ella –y teniendo

en cuenta el resto de factores– se deducen indicios bastantes de que el encausado intentará huir: pero entonces será esto último, y no una determinada pena amenazada, lo que resulta acreditado y verdaderamente justifica la medida en cuestión. No es suficiente que existan posibilidades de fuga, sino que habrá de resultar acreditado que el encartado piensa también hacer uso de dichas posibilidades. Lo mismo que, en palabras de DAHS, nadie es acusado por el mero hecho de que posea –desde un punto de vista fáctico– la posibilidad de cometer un delito, no es suficiente que exista la posibilidad de huir, sino que tiene que fundamentarse normativamente, además, que existen indicios bastantes de que el imputado va a hacer uso también de dicha posibilita abstracta [SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER: Obra citada, p. 47].

En esta perspectiva ORTELLS RAMOS, indica que existen dos criterios de peligrosidad de fuga: (i) el criterio abstracto mediante el cual la gravedad del delito y de la pena probable –que pueden ser únicos al inicio de la investigación– permite establecer razonablemente la mayor o menor tendencia del imputado a eludirla a través de la fuga –pero no es el único que debe ser utilizado por el juez vencidos los actos iniciales de investigación–; y, (ii) el criterio concreto que supone valorar las circunstancias personales y sociales del imputado, dado que la comprobación de la existencia o no de "raíces" como la familia, el trabajo, la imagen social de la persona permitirá determinar razonablemente la tendencia del imputado a rehuir el proceso penal [ORTELLS RAMOS, MANUEL y otros: Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal, Editorial Bosch, Barcelona, 1994, p. 550]. Es claro, como insisten ROXIN/SCHÜNEMANN, que de ninguna manera es suficiente solamente –en abstracto, se entiende– un domicilio fijo del imputado para negar el peligro de fuga [Obra citada, p. 375]. Y, aisladamente la inexistencia de determinado arraigo no genera la aplicación automática de la prisión preventiva, para lo cual ha de valorarse las circunstancias del caso, las otras situaciones específicas constitutivas del referido riesgo o peligro, siempre que no existan otras medidas que pudieran cumplir la finalidad de impedir razonablemente el riesgo de fuga (conforme: Sentencia casatoria vinculante 626-20134/Moquegua, de 30 de junio de 2015, FJ 40mo.).

Los otros factores que inciden mayormente en la disposición de medios para la fuga a cargo del imputado –en los injustos de organización, los ligámenes internacionales que puedan existir, a las propias características personales del imputado, a su capacidad organizativa y de acción, de actuar en un marco organizado, entre otros (conforme: STCE 146/2001, de 18 de junio)–, están en función a la falta de arraigo y a las características concretas y personales del imputado –que son los datos más usados, pues a contrario sensu se entiende, lógicamente, que una situación personal muy consolidada en términos de situación familiar, laboral, económica y de bienes propios y domicilio conocido y estable del imputado, así como su carencia de antecedentes, disminuye notablemente el riesgo de fuga; aunque, por otro lado, apuntan en sentido contrario la condición de prófugo, la presencia de antecedentes registrados o de haber protagonizado alguna huida o intento de fuga o haberse constituido en situación de contumacia por no comparecer a los emplazamientos judiciales, o de incomparecencia injustificada a un llamamiento de la fiscalía o de los órganos jurisdiccionales–.

44. Los factores fijados en la ley, y otros que pueden estar presentes (así, por ejemplo, la avanzada edad o salud del imputado –STCE 60/2001, de 26 de febrero– la movilidad y contactos internacionales del imputado –STCE 146/2001, ya citada–, o su nacionalidad – Sentencia Corte Suprema 631-2015/Arequipa, de 21 de diciembre de 2015–), deben ser analizados en conjunto con las condiciones personales del imputado y las circunstancias del caso concreto (Sentencia Casatoria 1445-2018/Nacional, de 11 de abril de 2019), sin perjuicio de incluir en el análisis, por ejemplo, como un indicio relevante de fuga el hecho de no devolver el dinero o bienes del que presuntamente el imputado se habría apropiado y que podría estar usando en su provecho (STCE 14/1996, de 29 de enero, FJ 5to.).

45. El factor tiempo –o incidencia del transcurso del tiempo– es, sin duda, en alguna medida relevante. Racionalmente los requisitos exigidos en el momento inicial de su adopción –en los primeros momentos de la investigación (debe examinarse, por tanto, desde cuándo se iniciaron las averiguaciones del Ministerio Público)– no son los mismos que los que deben exigirse con posterioridad para decretar su mantenimiento –un mayor peso adquieren en los primeros momentos, por la falta

de datos, las circunstancias objetivas, tales como las características o tipo delictivo inculpado, la gravedad del delito y de la pena con que se le amenaza–. [confrontar: GIMENO SENDRA, VICENTE: Obra citada, p. 681; STCE 128/1995, de 26 de julio, FJ 4to.; STCE 44/1997, de 10 de marzo, FJ. 7mo.; 62/2005, de 14 de marzo; y, 35/2007, de 9 de marzo]. Por tanto, –atento a la jurisprudencia citada– si en un principio –momentos iniciales del procedimiento de investigación– cabe admitir una motivación basada únicamente en datos objetivos como la gravedad delito y la posible pena, el transcurso del tiempo en la aplicación de la medida exige que se ponderen más individualizadamente circunstancias personales del preso preventivo y del caso concreto.

La intensidad del juicio de ponderación (requisitos de la prisión preventiva vs. el derecho a la libertad del imputado), entonces, varía o es diferente según el momento procesal en que deba disponer o ratificar la prisión preventiva (en igual sentido: STEDH, asunto W vs. Suiza, de 26 de enero de 1993). Esta conclusión se funda en que el mero transcurso del tiempo, al margen de propiciar la aparición de circunstancias sobrevenidas, va disminuyendo el peligro de fuga puesto que si bien es cierto que la gravedad de la pena que amenaza al imputado y el tipo de delito imputado podría constituir en un primer momento razón suficiente para afirmar un peligro efectivo y relevante de fuga, no contrarrestable con otras medidas de aseguramiento de menor intensidad coactiva, también lo es que este argumento se debilita por el propio paso del tiempo y la consiguiente disminución de las consecuencias punitivas que puede sufrir el preso preventivo, en el que pasan a ser determinantes las circunstancias personales del imputado: arraigo, vinculaciones con el exterior, comportamiento procesal (STCE 62/1996, de 15 de abril, FJ 5to.).

Empero, también es verdad, primero, que siempre, pero con un nivel menos intenso, debe examinarse el posible factor del riesgo (al peso de los medios-fuente de investigación o de prueba, al peso de la sospecha fuerte, debe agregarse el análisis, aunque con menores niveles de intensidad, de la personalidad del imputado y sus relaciones privadas: vínculos familiares, laborales y otros [conforme: LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER: Prisión preventiva – Límites constitucionales, Editorial Grijley, Lima, 2016, p.p. 194-195]);

y, segundo, que también es posible que con el paso del tiempo no solo disminuyen las circunstancias negativas que puede sufrir el preso preventivo, bien porque pueden debilitarse los indicios que fundaban la culpabilidad, sino que con el avance de la investigación y la perfilación de la imputación, puede ir dotando de solidez a ésta, lo que podría a su vez incrementar la probabilidad de una efectiva condena y, con ello, el riesgo de fuga [...].

46. El nuevo inciso 5) del artículo 269 del Código Procesal Penal, según la Ley 30076, de 19 de agosto de 2013, consideró como una situación específica constitutiva del referido riesgo "La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas". Al respecto, es de tener en cuenta, primero, que la existencia y la adscripción o reintegración del imputado a una organización criminal ha de estar acreditada a nivel de sospecha fuerte, y según lo indicado en el Fundamento de Derecho Cuarto respecto a sus exigencias típicas –contundencia de un dato objetivo inicial, de un delito grave– (la Sentencia Casatoria Vinculante 626-2013/ Moquegua, de 30 de junio de 2015, FJ 58vo., exigió que se verifiquen sus componentes). Segundo, que si bien lo criminológicamente aceptado es que, por lo general, se da este peligro debido a las facilidades que se tienen por parte de la delincuencia organizada para favorecer la impunidad de sus miembros y que no necesariamente se requiere de una actuación propia del imputado para huir u ocultarse y, también, para obstaculizar la actividad probatoria –que, como dice la STCE 145/2001, de 18 de junio de 2001, unidas a otros datos concurrentes, se sobreponen al arraigo familiar y su compromiso de no eludir la acción de la justicia– , ello en modo alguno importa asumirlo como una presunción contra reo. Tercero, que no solo es de analizar la concreta conducta riesgosa que se le atribuye, sino que su acreditación, dado lo anterior, requiere por lo menos el nivel de una sospecha suficiente, en función a la pena esperada, a sus características personales, a sus contactos con el exterior, etcétera; ésta no puede funcionar como dato autónomo y suficiente en sí misma.

El profesor ASENCIO MELLADO indicó, sobre este punto, primero, que el precepto en cuestión no autoriza la prisión preventiva por el mero hecho de estar el imputado integrado en una organización criminal; y, segundo, que es una regla ciertamente

excepcional de aplicación restringida, y solo opera en los casos en los que, perteneciendo el imputado a una organización criminal o concurriendo la posibilidad de su reintegración en la misma, a su vez, sea la propia agrupación delictiva la que puede proporcionar los medios para facilitar la fuga del imputado al proceso o, incluso, la obstaculización de la investigación [ASCENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: Obra citada, p. 832].

47. Peligro de obstaculización. El literal c) del artículo 268 del Código Procesal Penal identificó este riesgo, siempre que sea razonable colegir, en razón a los antecedentes del imputado y otras circunstancias del caso particular, que tratará de obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización) –también requerirá la existencia de datos objetivos y sólidos, no de meras conjeturas–. Esta segunda finalidad o requisito también tiene carácter procesal; y, en definitiva, trata de evitar que la libertad sea aprovechada por el imputado para obstruir la investigación y, especialmente, el eventual enjuiciamiento del caso, actuando de modo fraudulento sobre las pruebas del delito que pudieran obtenerse –atentando ilícitamente la meta de esclarecimiento propia del proceso penal– [GUERRA PÉREZ, CRISTINA: Obra citada, pp. 161-162]. Por tanto, se trata de un motivo suficiente para disponer la prisión preventiva, pero lógicamente ha de durar el tiempo imprescindible a estos efectos (STEDH, caso Ringeinsen vs. Alemania, de 16 de julio de 1971).

48. Para calificar este peligro, el artículo 270 del referido Código identificó tres situaciones específicas constitutivas del citado riesgo o peligro, siempre entendidas, conforme a la primera norma, en sentido enumerativo no taxativo [LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER: Proceso Penal Comentado, 6ta. Edición, 2017, p. 402], invariablemente desde una actuación comisiva fraudulenta –así asumidas por las SSTEDH caso Clooth vs. Bélgica, de 12 de diciembre de 1991, párrs. 40 y 44; y, caso Bouchet vs. Francia, de 20 de marzo de 2001, párr. 46–. Fijó las siguientes: 1. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba –en pureza, fuentes-medios de investigación o de prueba, materiales–. 2. Influirá para que coimputados, testigos (incluso víctimas) o peritos –órganos de prueba, fuentes-medios de prueba personales– informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente. 3. Inducirá

a otros a realizar tales comportamientos. La sospecha fuerte de estas situaciones –datos o indicadores materiales–, por cierto, consolida que el imputado, por ello, dificultará la meta de esclarecimiento del proceso. Es inadmisible, como enseñan ROXIN–SCHÜNEMANN, deducir automáticamente la existencia de este peligro a partir de la posibilidad de entorpecer que se presenta en el caso concreto; antes bien, ese peligro debe estar fundado en circunstancias determinadas [ROXIN – SCHÜNEMANN: Obra citada, p. 376].

49. Debe analizarse la persona, el comportamiento, las relaciones, las condiciones de vida del imputado, todo en relación con el caso concreto y el interés o posibilidad que tenga el imputado de obstaculizar la prueba [LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER: Obra citada, p. 402]. No es legítimo invocar las "necesidades de la investigación" de manera general y abstracta; dicha justificación debe fundamentarse en un peligro efectivo de que el proceso de investigación será impedido por la libertad del acusado [Informe CIDH 2/97, de 11 de marzo de 1997, párr. 34]. Se ha de valorar y concluir, por parte del imputado, una capacidad y aptitud de influir en el hallazgo e integridad de los elementos de convicción, sin que sea suficiente una mera posibilidad genérica y abstracta [conforme: ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: Obra citada, p. 829].

    Se trata de garantizar lo que la doctrina denomina "protección pasiva" de las fuentes de investigación o de prueba y del proceso, dirigida a obtener la abstención del imputado respecto de determinadas conductas consideradas legalmente como determinantes para afectar la actividad de investigación y de prueba [DEL RIO LABARTHE, GONZALO: Obra citada, p. 221].

50. En suma, son dos los fines a los que se supedita este riesgo: (i) que las fuentes de investigación o de prueba que se pretende asegurar sean relevantes para el enjuiciamiento del objeto penal, esto es, para la decisión sobre la inocencia o culpabilidad del imputado, lo que excluye las fuentes de prueba tendentes a acreditar las responsabilidades civiles; y, (ii) que el peligro de la actividad ilícita del imputado o de terceros vinculados a él sea concreto y fundado, para lo cual se atenderá a la capacidad del imputado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de investigación o de prueba o para influir sobre otros imputados, testigos, agraviados, peritos o quienes pudieran serlo

[GIMENO SENDRA, VICENTE: Derecho Procesal Penal, 1ra. Edición, Editorial Civitas, 2012, Pamplona, p. 632]. El imputado ha de tener una auténtica capacidad para, por sí solo o por medios de terceros, influir en las actividades tendentes a menoscabar las fuentes-medios de investigación o de prueba; y, además, desde la garantía de presunción de inocencia, están excluidos como condiciones determinantes del peligro de obstaculización los actos derivados del ejercicio del derecho de defensa del imputado o como respuesta a su falta de colaboración en la investigación [ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: Derecho Procesal Penal, Obra citada, p. 212].

La Fiscalía debe aportar datos acerca de la existencia real del riesgo de obstaculización, y para tal fin aun cuando venga identificado con un pronóstico de futuro, que como tal es relativamente incierto, debe resultar real y no meramente presunto. Los grados de peligro objetivo y de peligrosidad subjetiva deben ser medidos por el juez ex ante y debe constar ante él los datos fácticos que evidencian la existencia real del riesgo de obstaculización (STCE 62/2005, de 14 de marzo).

51. El imputado, desde luego, no tiene la obligación de descubrir las fuentes de investigación o de prueba que puedan incriminarle o de aportarlas al proceso –el *ius tacendi* tiene una jerarquía constitucional enraizada en la garantía de defensa procesal y, además, la verdad no se puede obtener a cualquier precio–. El precepto en cuestión pretende evitar que el imputado destruya huellas o vestigios materiales del delito, o que altere documentación que puede relacionarle con su comisión, o que se concierte con terceros o los intimide para que no declaren la verdad sobre los hechos en su contra, etcétera –en pureza, oculte medios de investigación o de prueba decisivas para el resultado del proceso–; el antídoto contra este riesgo no está destinado a mermar el derecho de defensa, no tiene el rol de instrumento de la investigación, de modo que el juez estuviera facultado para hacer saber al imputado que va a ordenar su ingreso en prisión en función de la actitud que adopte en el proceso de su disposición al esclarecimiento de los hechos [GIMENO SENDRA, VICENTE: Obra citada, p. 632].

En esta misma línea no constituyen circunstancias de las que quepa deducir el riesgo de destrucción probatoria por parte del encausado o datos que en ocasiones son mencionados como tales, por ejemplo,

la complejidad de la causa. Ello es así, explica GUTIÉRREZ DE CABIEDES, porque no denota, en modo alguno, el riesgo de destrucción probatoria. Y la imposición de tan grave medida por esta sola circunstancia resultaría, si no muestra de la impotencia del investigador, sí un instrumento de "presión" ilegítima sobre el encausado, no tan lejana de la antigua *confessio per torment*, es decir, de "tortura indagatoria" [GUTIÉRREZ DE CABIEDES, PABLO: Obra citada, p. 165].

52. Es claro, por lo demás, que este peligro, nunca afirmado de manera general y abstracta, se debilita, disminuye o desaparece (i) con el fin de la investigación y con la sumisión del imputado y sus cómplices a juicio –la STEDH caso Muller vs. Francia, de 17 de marzo de 1997, señaló que a partir de la culminación de la investigación preparatoria no era posible (en principio y según el caso concreto, como es obvio) estimar la existencia de riesgo para la obtención de pruebas del caso–; (ii) en la proporción y en la medida en que las investigaciones son efectuadas y las pruebas concluidas (SSTEDH caso Letelier vs. Francia, de 26 de junio de 1991, párr. 39; y, caso Tomasi vs. Francia, de 27 de agosto de 1998, párr. 95); o (iii) cuando las personas probablemente intimidadas o corrompidas por el imputado o terceros ya han sido interrogadas suficientemente [Informe CIDH 2/97, párr. 35]. Además, como apunta KÜHNE, este peligro pierde su razón de ser (iv) cuando los actos de obstaculización ya no son posibles; por ejemplo, cuando los medios de prueba ya han sido asegurados, o bien la única prueba incriminatoria que se podía falsear ya ha sido alterada [LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER: Obra citada, p. 402], o cuando no tiene conocimientos ni medios para manipularlos.

53. Desde las circunstancias acreditativas del riesgo de obstaculización, éstas deben ser tan graves como para no poder ser evitado a través de otra medida de coerción o recurriendo a la medida de seguridad procesal de protección de testigos y peritos. Debe evaluarse la concreta disposición del imputado a ocultar pruebas, lo que no implica pocos problemas –determinados hechos, como enseñan ROXIN-SCHÜNEMANN, tienen que fundamentar este peligro [Obra citada, p. 376]. Consecuentemente, es del caso averiguar, primero, la existencia de conductas previas de destrucción de pruebas que haya podido llevar a cabo el imputado, lo que por lo general ocurre en los

primeros momentos de la investigación y cuando se entera que se ha descubierto el delito; y, segundo, cuando ello no sea posible, es de analizar si por el hecho de que esté el imputado en libertad es más sencillo que oculte pruebas –inminente localización de las fuentes y la conveniencia de impedir que pueda acercarse a las mismas, o acreditar que se halla en curso la investigación para conseguir la averiguación de dicha localización, aún desconocida por la autoridad, pero que podría ser obstaculizada por el imputado en caso de estar en libertad– [NIEVA FENOLL, JORDI: Obra citada, pp. 288-289].

54. Este peligro incide en riesgos de la comisión, por el imputado, de conductas determinadas que develen su intención de suprimir las pruebas. Si se trata de pruebas materiales el imputado ha de tenerlas en su poder o deben estar a su disposición de forma indirecta a través de terceros vinculados. Si se trata de pruebas personales, el imputado debe tener una determinada capacidad razonable de influencia de los testigos –agraviados incluidos–, peritos o coimputados [conforme: PÉREZ LÓPEZ, JORGE: Obra citada, p. 7. SSTEDH caso Wemhoff vs. Alemania de 27 de junio de 1968, párr. 14; caso Tomasi vs. Francia, de 27 de agosto de 1992, párrs. 92-95].

55. Es de tener presente que el peligro de obstaculización, desde una perspectiva dogmática, a diferencia del peligro de fuga, por lo general, no se extiende en el tiempo con la misma virtualidad que este último peligro. Es una causal de menor entidad expansiva en orden al tiempo de vigencia de la medida –no puede tener eficacia o utilidad durante el curso íntegro de la investigación y del enjuiciamiento, a diferencia del peligro de fuga que sí puede tener esa presencia–, pues tal peligro de obstaculización es posible que pueda ser eliminado con la utilización efectiva de medidas de protección, ocupación o incautación de fuentes de prueba material y anticipación probatoria en el caso de la prueba personal. Por ende, el plazo de duración debe ser tendencialmente más breve y no necesariamente igual que el correspondiente al peligro de fuga [conforme: LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER: Obra citada, p. 402. NIEVA FENOLL, JORDI: Obra citada, p. 289]. Su plausibilidad, por lo común, es patente en los primeros momentos de la investigación, pero en un plazo más breve que el previsto para el peligro de fuga, pues ordinariamente hay medidas menos dañosas para la libertad del encausado y que igualmente aseguran el material

probatorio. Entonces, se deberá practicar tan pronto sea posible los registros pertinentes, tomar declaración a los testigos supuestamente susceptibles de ser influidos, etcétera, y para ello no son necesarios tiempos prolongados [SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER: Obra citada, pp. 47-48].

ASENCIO MELLADO, con acierto, postula que no puede trazarse en abstracto una equiparación temporal entre los peligros de fuga y de obstaculización, que en este último caso, como quiera que es posible una labor inmediata de aseguramiento de los elementos y fuentes de prueba e, incluso, su práctica anticipada, el plazo de la prisión preventiva debe reducirse [ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: Obra citada, p. 823].

Sin embargo, en casos de organización criminal o de banda criminal, por sus propias características, el riesgo objetivo de obstaculización es más intenso desde un primer momento y puede prolongarse consistentemente en el tiempo, tanto más si el aseguramiento de las fuentes de investigación o de prueba puede ser difícil o complicado y prolongado, en especial de las fuentes personales que requerirán, de ser el caso, en función a las necesidades de protección, anticipaciones probatorias (artículos 247 y 242 del Código Procesal Penal).

§6. Plazo de la prisión preventiva

57. El plazo, que ha de ser fijado por el juez en el auto de prisión preventiva, previa petición fundamentada y específica del fiscal, como se indicó, no puede establecerse desde una perspectiva abstracta, sino de acuerdo con las particularidades de cada caso; y, si se prolonga o prorroga, debe mediar una sustentación apoyada en razones relevantes y suficientes que la justifiquen, a través de una motivación particularmente convincente [INFORME CIDH, sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, de 30 de diciembre de 2013, párr. 177]. Incluso, es de tener presente que, sin rebasarse tales plazos, también puede vulnerarse este derecho fundamental si el proceso queda paralizado sin causa de justificación alguna –es decir, existencia de tiempos muertos– y sin que pueda atribuirse a una conducta obstruccionista, dolosa o negligente de la defensa la dilación indebida

o paralización del procedimiento (conforme: STCE 206/1991, de 30 de octubre).

Para fijar el plazo de la prisión preventiva se ha de tener en cuenta (i) la dimensión y complejidad de la investigación, así como las demás actividades del proceso en sede intermedia y de enjuiciamiento –a partir del análisis de la Disposición fiscal de formalización y continuación de la investigación preparatoria y de los nuevos aportes que pueda fundar el fiscal, así como de los argumentos de la defensa–; (ii) la gravedad y extensión del delito imputado; (iii) la dificultad y cantidad de actos de investigación que sea menester llevar a cabo; (iv) las actuaciones de investigación ya realizadas –especialmente en sede de diligencias preliminares–; (v) la necesidad o no de realizar actos de cooperación judicial internacional; (vi) la obligación, por la naturaleza de los hechos investigados, de realizar actividades periciales complejas; (vii) la presencia o ausencia de los imputados en la causa y el comportamiento procesal de estos últimos; (viii) el riesgo de fuga subyacente y las posibilidades de conjurar el riesgo de obstaculización mediante anticipación probatoria o incautaciones de documentos, entre otras.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia, respecto de la complejidad del asunto, señaló diversos criterios. Entre ellos, la complejidad de la prueba, la pluralidad de sujetos procesales o la cantidad de víctimas, el tiempo transcurrido desde la comisión del delito, las características del derecho interno de los Estados, y el contexto en que ocurrieron los hechos –entre otras, SCoIDH caso Furlan vs. Argentina, de 31 de agosto de 2012–. Respecto de la actividad procesal del interesado, un criterio a tomar en cuenta es si los sujetos procesales realizaron las intervenciones en los procesos que le eran razonablemente exigibles –entre otras, SCoIDH caso Fornerón e hija vs. Argentina, de 27 de abril de 2012, párr. 69–.

Desde luego, no se pueden dictar reglas fijas ni estipular tiempos estandarizados, pero los criterios arriba enunciados apuntan a racionalizar la determinación del plazo de duración de la prisión preventiva en cada caso en particular. La pauta que, desde otra perspectiva, debe tenerse en cuenta es que el fiscal, en casos de prisión preventiva, está obligado a realizar actos de investigación con la razonable celeridad que merece un preso preventivo quien es además

un presunto inocente –garantía examinada desde la perspectiva de regla de tratamiento–.

58. Por otro lado, en materia de sucesión de leyes sobre prisión preventiva en el tiempo, por su implicancia en el derecho fundamental material de libertad personal, se debe aplicar, entre la norma que la reguló y que decidió la medida y la norma posterior, aquella que es más favorable a la libertad personal (aplicación retroactiva más favorable) –así lo dispone el artículo VII, apartados 1 y 2, del Título Preliminar del Código Procesal Penal–.

59. Es pertinente anotar, respecto de la fijación del plazo de la prisión preventiva, que, en ningún caso, puede erigirse como causa de justificación las dilaciones indebidas, ni la sobrecarga de trabajo, protagonizadas por una fiscalía determinada (salvo que esa causa sea meramente coyuntural y el Estado prontamente la remedie). Un factor a examinar es, como se anotó, el comportamiento sinuoso del imputado o su defensa –actividad de defensa obstruccionista–, como por ejemplo: introducir prueba falsa, amenazar testigos, destruir documentos, fugarse u ocultarse, no comparecer injustificadamente, cambiar permanentemente de defensores para lograr la demora o cuando una organización criminal que le protege mediante coacciones constantemente a los defensores para que renuncien a fin de obstaculizar el proceso, o interponer impugnaciones que, desde su origen y de manera manifiesta, se encontraban condenadas a la desestimación (STC 4124-2004-HC/TE, de 29 de diciembre de 2004).

    En cambio no puede considerarse como práctica dilatoria el ejercicio de los derechos procesales por parte del imputado–. La actividad investigativa de la Fiscalía, como es de enfatizar, ha de ser diligente, y ha de ser examinada a la luz de la complejidad del caso y de lo que en efecto realizó. Así: SSTEDH caso Tomasi vs. Francia, de 27 de agosto de 1992; caso Van der Tang vs. España, de 13 de julio de 1995; caso Buchholz vs. Alemania, de 6 de mayo de 1981; caso I.A. vs. Francia, de 23 de septiembre de 1998, párr. 111; caso Lukoic vs. Servia, de 26 de marzo de 2013, párr. 46; y, Zimmermann y Steiner vs. Suiza, de 13 de julio de 1983; y, caso Labita vs. Italia, de 6 de abril de 2000, párr. 152. SCoIDH caso Suárez Rosero vs. Ecuador, de 12

de noviembre de 1997, párr. 72. Informe CIDH 46/13, de 2013, de 30 de diciembre, párr. 166-169.

El Tribunal Constitucional ha incorporado otro supuesto de conducta maliciosa o conducta obstruccionista del imputado, que en todo caso debe ser probada por la fiscalía. Se trata de las premeditadas faltas a la verdad que desvíen el adecuado curso de las investigaciones. Es verdad que el imputado tiene derecho al silencio y a no confesarse culpable –expresiones del ius tacendi–, en tanto que a la fiscalía le corresponde acreditar los hechos constitutivos de la infracción y de la culpabilidad, pero "[...] ello no le autoriza –al imputado– para que mediante actos positivos se desvíe el camino del aparato estatal en la búsqueda de la verdad dentro del proceso" [STC 0376-2003-HC/TC. CÁCERES JULCA, ROBERTO: Las medidas de coerción procesal, Editorial IDEMSA, Lima, 2006, p. 27].

§ 7. Audiencia de prisión preventiva

67. El Juez de la Investigación Preparatoria debe cuidar que el conocimiento de los cargos y de las fuentes-medios de investigación o de prueba sea efectivo; y, a su vez, cumplido este cometido, debe garantizar un debate contradictorio que incida en lo esencial y permita debatir concisamente lo nuclear de la pretensión del fiscal y de la resistencia de la defensa. No es de recibo que el juez consienta una exagerada y tediosa exposición de la pretensión y de las resistencias, más aún si en el primer caso ésta se ha expresado por escrito y fundadamente. Estas audiencias, salvo casos excepcionales, no pueden durar horas y horas, y con réplicas y dúplicas reiterativas, o intervenciones secuenciales interminables o repetitivas según cada presupuesto material de la prisión preventiva requerida. Su enfoque debe ser unificado e integrado a fin de relievar el argumento principal y consolidar la pretensión o la resistencia.

No puede continuar una desnaturalización tan desmedida del tiempo de intervenciones, y que implícitamente se aliente la desmesura y la confusión, así como se desnaturalice la indispensable claridad de los argumentos e, indirectamente, se facilite un intercambio de agravios o calificaciones personales entre la fiscalía y la defensa. El juez debe precisar el tiempo –único– que las partes tienen para fijar

sus pretensiones y resistencias, el cual debe definirse en función a las características de la causa; y, además, debe cuidar que las intervenciones incidan en lo rigurosamente necesario o imprescindible. Desde esta perspectiva el artículo 20 del Reglamento de Audiencias, aprobado por la Resolución Administrativa 096-2006/CE-PJ, estipula que el juez dará el uso de la palabra a quien cuyo pedido motivó la audiencia; y, luego, dará el uso de la palabra por igual término a las demás partes, sin perjuicio de intervenir en el momento que lo considere pertinente a fin de solicitar precisiones y esclarecimientos de las alegaciones.

El destinatario de los debates contradictorios es el juez. Éstos, como es obvio, se sustentan tanto en la ley como en los medios-fuentes de investigación o de prueba acompañados a la audiencia por el fiscal y las partes, datos que el juez siempre revisará –no es suficiente la mera referencia de las partes–, pues es a él corresponde verificar la correspondencia de las afirmaciones fácticas de las partes con los hechos discutidos y las exigencias de la ley, así como los datos o medios de fuentes-medios de investigación o de prueba expuestos en su desarrollo –no es de recibo, por tanto, lo prescripto en la última oración del artículo 22 del ya citado Reglamento de Audiencias, en el sentido de que: "La decisión, sin embargo se basará fundamentalmente en información que surja del debate contradictorio realizado en audiencia"–. El juez, en ejercicio de su potestad jurisdiccional, al decidir, de un lado, debe controlar la pertinencia y coherencia de las argumentaciones, su correspondencia con los hechos y el material instructorio o probatorio, su validez jurídica, y apreciar las fuentes-medios de investigación o de prueba conforme a la sana crítica judicial; y, de otro lado, ponderar los razonamientos jurídicos de las partes.

Será del caso, en consecuencia, fijar un plazo único de duración de las intervenciones –tendencialmente breve– y ser muy exigente con el rigor expositivo, la concisión y lo esencial de los argumentos acusatorios o defensivos –las exposiciones han de ser verdaderas, desde los datos de la causa –con información de calidad–, sucintas y enfocarse en los aspectos centrales del caso–. El juez tiene la dirección material de la audiencia –no ha de permanecer pasivo– y debe, por tanto, ejercer sus poderes de dirección para evitar todo tipo de desnaturalización de la audiencia de prisión preventiva y, a su vez, garantizar su brevedad y rigor.

§ 8. Auto de prisión preventiva

71. La necesidad de una interpretación que opte por un criterio axiológico y teleológico, conforme a la razón esencial de la disposición legal que informa determinada institución jurídica, se impone. Se trata, en suma, de que la resolución del juez pueda ser conocida y se estabilice en un medio determinado a tono con la tecnología más actualizada, cierto y seguro, que evite alteraciones en su texto o su desaparición y procure su debida difusión cuando corresponda.

Por tanto, es de rigor, frente a toda contingencia, primero, que en el acta de la audiencia quede fijada la resolución, su explicación, sentido y decisión, con los elementos que la constituyen –recuérdese que toda actuación procesal se documenta en el acta (artículo 120, apartado 1, del Código Procesal Penal)–; y, segundo, que en el audio o video quede debidamente registrado lo acontecido en la misma (reproducción audiovisual de la actuación procesal: artículo 120, apartado 3, del citado Código) y, especialmente, las expresiones del juez, mediante la palabra hablada, que constituyen la base material de la resolución oral. Debe evitarse, mediante el respeto a estas reglas, que la reproducción de audio o audiovisual pueda, por dolo, negligencia o accidentalmente, borrarse –total o parcialmente– o alterarse, y para ello el acta sigue siendo indispensable, bajo las directivas del artículo 120, apartado 2, del Código Procesal Penal. Por ende, la documentación de la actuación procesal, materia de la audiencia de prisión preventiva, a través del acta no puede eludirse en modo alguno.

210

§210. Prisión preventiva y peligro de fuga

Casación	1145-2018-NACIONAL
Fecha	11 de abril de 2019
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Figueroa Navarro, Príncipe Trujillo, Sequeiros Vargas, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Arts. 268 y 269 del CP.

RESUMEN:

1. La institución de la prisión preventiva tiene como un presupuesto–objetivo o causales para imponerla, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de medida en cuestión, que legalmente o en clave de Derecho ordinario se traduce en la presencia de los peligros de fuga y de obstaculización (periculum libertatis) –en pureza, de una sospecha consistente por apreciación de las circunstancias de tales riesgos– del caso específico. Asimismo, como "objeto" la prisión preventiva debe concebírsela tanto en su adopción como en su mantenimiento como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de dichos fines u objetivo. 2. El juicio de ponderación ha de tener en cuenta, en orden al peligro o riesgo de fuga o sustracción de la acción de la justicia –con mayor o menor intensidad según el momento en que debe analizarse la viabilidad de la medida de coerción personal en orden al estado y progreso de la investigación–, lo dispuesto en el artículo 269 del Código Procesal Penal –que reconoce diversos parámetros sobre aspectos que deben analizarse al momento de decidir sobre estos peligros–. Es de destacar, de un lado, el arraigo y la gravedad de la pena; y, de otro lado, la posición o actitud del imputado ante el daño ocasionado por el delito atribuido, y su comportamiento procesal en la causa o en otra, respecto a su voluntad de sometimiento

a la acción de la justicia. 3. El juicio de peligrosismo debe ser afirmación de un riesgo concreto –al caso específico–. No puede afirmarse de acuerdo con criterios abstractos o especulaciones. No debe considerarse de forma aislada ninguno de estos aspectos o circunstancias, sino debe hacerse en relación con los otros. El riesgo ha de ser grave, evidente. Ha de optarse, a final de cuentas, desde el caso concreto, que el estándar para la convicción judicial en este punto, no es la sospecha grave o fundada exigible para la determinación del fumus comissi delicti, sino justificar la existencia de medios suficientes, a disposición del imputado, para perpetrar la fuga.

FUNDAMENTOS:

PRIMERO. Que el auto de vista impugnado en casación estableció, en relación al peligro de fuga, que la actividad de secretario arbitral –labor del casacionista recurrente– no tiene la condición laboral de trabajador dependiente de carácter permanente, y que la otra actividad que realizaba era la que llevaba a cabo en la empresa que está siendo cuestionada en el proceso por las compras de los vehículos antes mencionados; por tanto, a su juicio, no constituye vínculo laboral sólido. Si bien el Tribunal Superior reconoció que el imputado impugnante tiene familia (conforme al certificado matrimonial que adjunta, la partida de nacimiento de su menor hijo) y un inmueble sujeto a hipoteca, la existencia del arraigo que se demuestra es de "mediana intensidad".

∞ Asimismo, para determinar el peligro de fuga, la Sala Penal Superior valoró la facilidad que tiene para salir del país en función a las diferentes salidas al extranjero que registra.

∞ Con relación al juicio de necesidad sobre otra medida menos gravosa, como la comparecencia con restricciones, señaló que en el presente caso no existe otra medida que pueda cumplir con los fines que se buscan lograr el sometimiento físico del imputado a la presente investigación, pues la enfermedad respiratoria que alega padecer no es de gravedad suficiente que justifique optar por una medida distinta.

SEGUNDO. Que, respecto al peligro de fuga y presencia de arraigo, el encausado Costa López invocó en su escrito impugnativo que:

1. La Corte Suprema debe establecer que para afirmar el arraigo no hace falta un trabajo dependiente con carácter permanente; que el arraigo laboral se expresa en la capacidad de subsistencia del imputado que debe provenir de un trabajo desarrollado en el país; que afirmar lo contrario sería tanto como señalar que una persona que no está en planilla, que no depende de un empleador, no

puede acreditar arraigo laboral, lo que constituye un acto discriminatorio con aquellas personas que tienen otro régimen laboral; que la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso Letellier, de veintiséis de junio de mil novecientos noventa y uno, reforzó la mencionada posición al señalar que solo basta tener un trabajo que tenga la capacidad suficiente para subsistir, para vivir; que, entonces, el tener un trabajo no dependiente con carácter permanente, no es criterio valido para acreditar el arraigo laboral, pues solo se requiere un trabajo que sea una fuente de ingresos; que, por tanto, lo relevante es que la capacidad de subsistencia provenga de un trabajo desarrollado en el país.

2. No existe un "arraigo de mediana intensidad"; que es una posición que adoptó el Tribunal Superior para refutar un fundamento sólido de la defensa; que es claro que los presupuestos para dictar una medida de prisión preventiva, se cumplen o no se cumplen, consecuentemente, no se puede afirmar que un presupuesto se cumpla a medias o con poca intensidad; que si se acredita domicilio conocido y familiar (esposa e hijos), puede concluirse que existe arraigo familiar, que se circunscribe al lugar de residencia de aquellas personas que tienen lazos familiares con el imputado.

3. La Corte Suprema debe instituir que la simple posibilidad de pasar la frontera, no es un criterio para evaluar el peligro procesal; que lo determinante es evaluar el conjunto de las circunstancias del caso y el imputado; que la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de diez de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve (Asunto Stögmüller contra Austria), estableció que la simple posibilidad o facilidad que tiene el procesado para pasar la frontera no implica peligro de fuga, se requiere la concurrencia de unas circunstancias, especialmente la pena grave que se prevé o la singular oposición del acusado a la detención, o la falta de arraigo sólido en el país, que permitan suponer que las consecuencias y riesgo de la fuga le parecerá un mal menor que la continuidad del encarcelado; que de este modo no puede estimarse el peligro de fuga en función a los diversos viajes fuera del país que puede realizar un imputado, por lo que no es concluyente los pocos o muchos viajes que un encausado realice al extranjero, pues lo que determina un fundado peligro de fuga es que un imputado no tenga arraigo laboral, familiar o domiciliario, y tenga contactos en el exterior que le permitan alejarse del país.

TERCERO. Que la institución de la prisión preventiva, superado el juicio de imputación o sospecha fundada y grave, tiene como un presupuesto–objetivo o causales para imponerla, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de medida en cuestión, que legalmente o en clave

de Derecho ordinario se traduce en la presencia de los peligros de fuga (o de ocultación) y de obstaculización (*periculum libertatis*) en el caso específico –en pureza, de una sospecha consistente por apreciación de las circunstancias de tales riesgos–.

∞ Asimismo, no debe olvidarse que como "objeto" la prisión preventiva debe concebírsela tanto en su adopción como en su mantenimiento como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de dichos fines u objetivo –se destaca, por tanto, desde la perspectiva de la subsidiaridad que la prisión preventiva debe adoptarse cuando resulta imprescindible y cuando no existan alternativas menos radicales para conseguir sus finalidades–. La resolución que la dicte ha de ser "suficiente y razonable", es decir, que respeta el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la libertad afectado, ponderando adecuadamente los intereses en juicio –libertad del imputado cuya inocencia se presume, y realización de la impartición de justicia, en relación a los riesgos antes mencionados (conforme: Sentencias del Tribunal Constitucional Español 65/2008 y 666/2008, ambas de veintinueve de mayo; y, Sentencia del Tribunal Supremo Español 228/2015, de veintiuno de abril)–.

∞ El juicio de ponderación ha de tener en cuenta, en orden al peligro o riesgo de fuga o sustracción de la acción de la justicia –con mayor o menor intensidad según el momento en que debe analizarse la viabilidad de la medida de coerción personal en orden al estado y progreso de la investigación–, lo dispuesto en el artículo 269 del Código Procesal Penal –que reconoce diversos parámetros sobre aspectos que deben analizarse al momento de decidir sobre estos peligros–. Es de destacar, de un lado, tanto (i) la gravedad de la pena –criterio abstracto, considerado insuficiente y que debe conjugarse con las demás circunstancias, calificadas de "concretas"– como (ii) el arraigo; y, de otro lado, (iii) la posición o actitud del imputado ante el daño ocasionado por el delito atribuido, y (iv) su comportamiento procesal en la causa o en otra, respecto a su voluntad de sometimiento a la acción de la justicia. Ha de entenderse que el precepto antes indicado regula la prevención del riesgo de fuga sin establecer criterios automáticos que deban ser considerados o valorados judicialmente al margen de su concurrencia efectiva en el caso. Lo que hace dicho artículo es, a final de cuentas, relacionar criterios que pueden ser apreciados al efecto de su determinación, pero, en todo caso, tales criterios no pasan de ser meramente indicativos, nunca vinculantes y, desde luego, no constituyen un listado cerrado [ASCENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: Derecho Procesal Penal, Editorial Tirant lo Blanch, Sexta Edición, Valencia, 2012, página 212].

∞ La magnitud de la pena prevista desde luego, por su carácter abstracto, no puede operar como único criterio –de aplicación automática y mecánica– para ponderar la necesidad de imposición de la medida de prisión preventiva, sino que, asumiendo incluso como un criterio más concreto, la naturaleza del hecho punible, debe ponerse en relación con otros datos relativos (i) tanto a las características personales del imputado o investigado –arraigo familiar, profesional y social, conexiones con otros países, contactos internacionales (existencia de cierta infraestructura en el extranjero), sus bienes (su tenencia genera arraigo, como lo precisó la Sentencia del Tribunal Constitucional 1091-2002-HC/TC, de doce de agosto de dos mil dos), los medios económicos de los que dispone y su proximidad a la jurisdicción–; (ii) como a las circunstancias que concurren en el caso concreto (conforme: Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de veintiséis de enero de mil novecientos noventa y tres, Asunto W contra Suiza; y, de veinte de noviembre de dos mil dieciocho, Asunto Demirtas contra Turquía. Sentencia del Tribunal Constitucional Español 62/1996, de quince de abril. Sentencia del Tribunal Supremo Español 2097/2017, de veinticinco de enero de dos mil diecinueve).

∞ El juicio de peligrosismo debe ser afirmación de un riesgo concreto –al caso específico–. No puede afirmarse de acuerdo con criterios abstractos o especulaciones. No debe considerarse de forma aislada ninguno de estos spectos o circunstancias, sino debe hacerse en relación con los otros [LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER: Prisión Preventiva, Editorial Grijley, Lima, página 193]. El riesgo ha de ser grave, evidente. Ha de optarse, a final de cuentas, desde el caso concreto, que el estándar para la convicción judicial en este punto, no es la sospecha grave o fundada exigible para la determinación del *fumus comissi delicti*, sino justificar la existencia de medios suficientes, a disposición del imputado, para perpetrar la fuga [NIEVA FENOLL, JORDI: Derecho Procesal III – Proceso penal, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2017, página 286].

CUARTO. Que es de tener presente que la competencia de este Tribunal Supremo, desde las propias notas características del recurso de casación –que está circunscripto a la quaestio iuris–, no es la constatación y valoración de los antecedentes fácticos justificativos de la medida de coerción personal en cuestión, ya se refieran al juicio de imputación o al juicio de peligrosismo procesal (riesgos de fuga o de obstaculización), pues tal competencia corresponde a los jueces de mérito (Juez de la Investigación Preparatoria y Sala Penal Superior). Solo le corresponde el control externo de que esa medida de coerción se ha acordado de forma fundada, razonada, completa y acorde con los fines de la institución. 1. Si los

argumentos incorporados en la resolución de coerción guardan correspondencia con las exigencias constitucionales y legales pertinentes –cualquier restricción en el ejercicio de un derecho fundamental necesita encontrar una causa específica prevista por la ley– (presencia de una infracción normativa). 2. Si la ponderación realizada para optar por la prisión preventiva es la adecuada –los intereses en juego son la libertad de una persona cuya inocencia se presume y la realización de la Administración de la justicia penal y la evitación de hechos delictivos (Sentencia del Tribunal Constitucional Español 128/1995, de veintiséis de julio); es decir, por un lado, si se examinó los hechos, todas las circunstancias que pueda concurrir y el auto de prisión preventiva; y, por otro, si la restricción del derecho fundamental a la libertad es inevitable en virtud de proteger un bien jurídico que en el caso concreto debe prevalecer –tal examen, por lo demás, surge de lo dispuesto en lo pertinente por el artículo 253, apartados 2 y 3, del Código Procesal Penal–.

QUINTO. Que, en el presente caso, son tres los argumentos examinados por el Tribunal Superior para sostener el peligro concreto de fuga (véase: párrafos cincuenta y tres a cincuenta y seis). Ya se han precisado en el fundamento de derecho primero.

∞ Ahora bien, es verdad que el delito atribuido está conminado con una pena grave, con un extremo mínimo muy superior a los cuatro año de privación de libertad, así como que este factor o criterio no es el único que debe tomarse en consideración. Ha de analizarse en función a determinados factores que digan de la falta de arraigo familiar, profesional y social, de la existencia de conexiones con otros países, de los contactos internacionales que pueda tener (existencia de cierta infraestructura en el extranjero), de sus bienes, de los medios económicos de los que dispone o de su proximidad a la jurisdicción; y, de otro lado, las circunstancias que concurren en el caso concreto. La apreciación debe ser integral; y, siempre, desde la acreditación –en clave, no de certeza ni de sospecha grave y fundada, sino de sospecha reveladora– de la existencia de medios suficientes, a disposición del imputado, para perpetrar la fuga.

∞ El imputado recurrente Costa López no solo no habría desempeñado un rol directivo ni definidor de un probable plan de ejecución criminal en la comisión del delito atribuido. Empero, se afirmó, de un lado, que pertenecería al círculo cercano del encausado Costa Alva, pues es su hijo, y que dolosamente recibió dinero maculado de él con los que adquirió vehículos para la empresa que dirige; y, de otro lado, habría cometido el delito de organización criminal, aunque es de puntualizar que, igualmente, no tuvo una actuación directiva o

definidora para la captación de dinero maculado, ni se identificó ámbitos precisos en el desempeño de la misma que le correspondería haber desarrollado.

∞ En esta perspectiva es de acotar que el imputado es un abogado de profesión, ejerce labores de secretario arbitral y es gerente de una empresa –más allá de que ésta sea una empresa investigada: no se mencionó, al respecto, con un nivel razonable de acreditación que ésta se formó exclusivamente para ocultar, utilizar o transferir dinero maculado–. Luego, los vínculos laborales en cuestión son razonables, por lo que el arraigo laboral se cumple puntualmente. No se puede exigir lógicas de arraigo laboral basadas en la exigencia de un trabajo dependiente y formal, un contrato de trabajo permanente o una línea de vida laboral en una empresa o institución con máximos niveles de funcionamiento e integración en el comercio o industria de primera categoría (máxima estabilidad institucional en los sectores de la vida económica de una localidad, región o país). Se requiere de una persona que realiza labores concretas y percibe ingresos para mantenerse y sustentar a su familia.

∞ El encausado tiene esposa e hijo menor de edad, vive en un inmueble adquirido con una hipoteca –incluso, el que se tenga dos viviendas a su nombre, no es prueba de falta de certeza de su dirección domiciliaria, como acota el Fiscal Superior, solo revela que tiene dos predios a su nombre– y, además, ha consolidado para su hijo un colegio donde estudiará. Su arraigo familiar es pues sólido. No consta que el imputado recurrente trató de confundir respecto al domicilio donde vive con su familia a fin de dificultar su ubicación.

∞ Otro factor o circunstancia para apreciar el riesgo concreto de fuga es la existencia de conexiones con otros países o de contactos internacionales (existencia de cierta infraestructura en el extranjero). El hecho de que una persona tenga pasaporte y registre viajes al extranjero –de los que volvió–, sin señalarse desde los datos de la causa que al lugar donde viajó tiene conexiones que le permitan quedarse u ocultarse, o que por sus contactos con terceros en el extranjero tienen una infraestructura para albergarlo y evitar que la justicia lo alcance, obviamente no constituye riesgo alguno de fuga, que por lo demás, en estas condiciones, puede evitarse con impedimento de salida del país.

∞ Las razones, por consiguiente, para justificar que existe peligro concreto de fuga no tienen sustento en el artículo 269 del Código Procesal Penal –el imputado además no tiene antecedentes, ni se incorporó siquiera un análisis de si ha tenido una conducta procesal, en esta u otra causa, de rebeldía o contumacia, menos si se aprestaba a ocultarse–. Desde el principio de subsidiaridad de la prisión preventiva, en atención a las bases probatorias respecto del cargo que se

atribuye al recurrente y a la pena conminada por el delito atribuido, es del caso concluir que una medida de comparecencia con restricciones es la proporcional y justa que corresponde. No está justificada la existencia de medios suficientes, a disposición del imputado, para perpetrar la fuga.

∞ Es claro, finalmente, que si la Sala consideró que existe arraigo familiar, pero este es de "mediana intensidad", la opción obvia era una medida menos intensa que la prisión preventiva, pues para esta última calificaría, en todo caso, una "máxima o superior intensidad" de falta de arraigo.

SEXTO. Que la Sala Superior, en conclusión, no observó adecuadamente los criterios o factores de peligro de fuga legalmente establecidos. De igual manera, incorporó inferencias probatorias incorrectas para la apreciar el peligro de fuga y, además, los argumentos incorporados eran insuficientes, loque dio lugar a una prisión preventiva, desde el peligro de fuga, irrazonable.

∞ En mérito a los razonamientos expuestos, no hace falta una nueva audiencia o debate para decidir la medida de coerción de prisión preventiva, por lo que esta sentencia casatoria será rescindente y rescisoria (artículo 433, apartado 1, del Código Procesal Penal). Se impondrá, según lo anotado, la medida de comparecencia con restricciones (artículos 287 y 288 del Código Procesal Penal).

211

§211. Vigilancia electrónica personal

Acuerdo Plenario	02-2019/CIJ-116
Fecha	10 de setiembre de 2019
Procedencia	Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República. XI Pleno Jurisdiccional.
Ponentes	San Martín Castro, Neyra Flores, Sequeiros Vargas, Chávez Mella y Castañeda Espinoza.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Figueroa Navarro, Balladares Aparicio, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Castañeda Espinoza, Núñez Julca, Castañeda Otsu, Sequeiros Vargas, Pacheco Huancas, Guerrero López, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Art. 116 TUO de Ley Orgánica del Poder Judicial

RESUMEN:

La vigilancia electrónica personal se erige: 1. Como una alternativa (i) a la medida de prisión preventiva impuesta, o (ii) a las propias restricciones ya aplicadas para cambiarlas, total o parcialmente, por aquélla. 2. Como una opción directa de comparecencia con restricciones, en caso consten en autos la prueba documental y demás exigencias previstas por la Ley y el Reglamento.

El proceso de colaboración eficaz, mientras dure su tramitación, también permitiría la aplicación, como medida de coerción personal, de la vigilancia electrónica personal.

El artículo 9 de la Ley prevé ocho reglas de conducta taxativas –de necesaria inclusión– y una cláusula abierta "Las demás que considere importantes para una adecuada ejecución de la medida impuesta".

La decisión de revocatoria se decide por el juez en una audiencia (artículo 13.2 de la Ley y 12.1 del Reglamento). La pretensión de revocatoria o de amonestación, en su caso, debe ser presentada por el fiscal.

FUNDAMENTOS VINCULANTES:

§ 2. Vigilancia electrónica personal como medida de coerción personal

9. Según el artículo 6, literal a), de la Ley, la vigilancia electrónica personal se erige: 1. Como una alternativa (i) a la medida de prisión preventiva impuesta –ya ejecutada o pendiente de ejecución– (reformarla, vía cesación de la prisión preventiva, por un mandato de comparecencia restrictiva con la imposición de la restricción de vigilancia electrónica personal), o (ii) a las propias restricciones ya aplicadas para cambiarlas, total o parcialmente, por aquélla. 2. Como una opción directa de comparecencia con restricciones, en caso consten en autos la prueba documental y demás exigencias previstas por la Ley y el Reglamento. En todo caso, es de aplicación el artículo 288, inciso 5, del Código Procesal Penal, según el Decreto Legislativo 1229, de 25 de septiembre de 2015, por lo que se configura, siempre, como restricción típica de la comparecencia desarrollada por el artículo 287 del citado Código.

   Es obvio, desde esta concepción normativa, que la vigilancia electrónica personal tiende a disminuir las medidas privativas de libertad o de encarcelamiento preventivo. Como tales, resultan compatibles con la tutela del proceso. Por tal razón, su finalidad se dirige a garantizar la permanencia del imputado en el proceso [conforme: LOLI PRUDENCIO, LUCY LILIAN: Obra citada, p. 58].

   La especialidad procedimental de esta restricción, empero, estriba en que para imponerla se requiere, por lo general, de un trámite especial, ya indicado líneas arriba: pedido de parte expreso y ratificación en la audiencia de vigilancia electrónica personal, medios de prueba documentales específicos y preceptiva audiencia con debate contradictorio con la Fiscalía.

10. El artículo 7 del Reglamento, que regula el procedimiento de la vigilancia electrónica personal para los procesados, estipula que,

en efecto, esta medida procede como una alternativa a la prisión preventiva por comparecencia restrictiva o por cesación de la prisión preventiva. Debe aclararse, sin embargo, que la cesación de la prisión preventiva (artículo 283 del Código Procesal Penal) está referida a presos preventivos que están sufriendo el encarcelamiento o aquellos que tienen dictado en su contra mandato de prisión preventiva pero que no han sido capturados o puestos a disposición de la justicia. No hace falta, para la cesación de la prisión preventiva, que el imputado se encuentre sufriendo efectivo encarcelamiento preventivo; solo es necesario que la autoridad judicial haya dictado un mandato firme de prisión preventiva.

De otro lado, la medida de comparecencia con la restricción de vigilancia electrónica personal puede ser pedida, si se trata de una audiencia de prisión preventiva, como una pretensión propia del imputado frente a la formulada por el Ministerio Público. Incluso el fiscal, antes de las cuarenta y ocho horas de la audiencia de prisión preventiva y dentro de ella, también puede solicitarla variando su inicial pretensión de prisión preventiva. La procedencia de la misma estará condicionada, desde luego, a que se cuenten con los medios de prueba documentales necesarios (artículo 7.2 del Reglamento). El informe favorable de verificación técnica emitido por el INPE, asimismo, es indispensable para la estimación de esta medida.

11. La vigilancia electrónica personal está sujeta a tres presupuestos materiales: 1. Presupuestos técnicos, 2. Presupuestos jurídicos. 3. Presupuestos económicos [MILLA VÁSQUEZ, DIANA GISELLA: Beneficios penitenciarios y otras instituciones penitenciarias, Instituto Pacífico, Lima, 2019, pp. 661-663].

Los presupuestos técnicos condicionan la procedencia de la medida de vigilancia electrónica personal a la disponibilidad de los dispositivos electrónicos por parte del Estado y, además, que conste un informe positivo de verificación técnica del domicilio o lugar donde se va a cumplir la medida, así como del lugar de trabajo o de cualquier otro lugar donde el beneficiario se vaya a desplazar, a los efectos de que se pueda realizar el monitoreo de los desplazamientos del imputado.

Los presupuestos jurídicos están sujetos a la acreditación, mediante prueba documental, de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley. El

indicado precepto legal estableció una (i) regla general –referida a la entidad del delito y a su reacción punitiva: mínima mediana lesividad del hecho–, seguida de (ii) exclusiones según el delito imputado –se incorporó un listado extenso y preciso, bajo criterios de política criminal por considerarlas una grave amenaza para la seguridad ciudadana–, el tipo normativo de peligrosidad individual (reincidentes o habituales) y de conductas anteriores que merecieron revocatoria de las penas no privativas de libertad, así como de (iii) una pauta de priorización según especiales condiciones del imputado radicadas en motivos humanitarios –esta última, debe entenderse, en tanto esta institución jurídica, entro otros fines, busca fomentar la desprisionización, que la prioridad debe referirse en el orden de atención o el trámite de las solicitudes, sin que ello implique que los casos pospuestos se dejarán de atender [RÍOS PATIO, GINO: El Grillete Electrónico: ¿efectiva desprisionización? Universidad San Martín de Porres, Repertorio Académico, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016].

Los presupuestos económicos, en principio, se articulan en que el beneficiario debe asumir, según sus condiciones socioeconómicas, los costes del servicio de vigilancia electrónica personal, salvo expresa exoneración, total o parcial, por orden judicial.

12. La regla general es que la vigilancia electrónica personal procede, para el caso de los procesados, "[...] cuando la imputación se refiera a la presunta comisión de delitos sancionados con una pena no mayor a ocho (08) años" (artículo 5, apartado 1, literal 'a', de la Ley). La pena prevista, más allá de la indefinición del texto normativo, debe ser, como se optó para la prisión preventiva y para los condenados, la pena concreta pronosticada, que no será mayor a ocho años de privación de libertad. Una razón fundamental para justificar esta opción hermenéutica estriba en que (i) si se trata de una limitación de un derecho fundamental (libertad de tránsito o deambulatoria y, en ciertos casos, de la propia libertad personal), entonces, la interpretación debe ser extensiva (artículo VII, apartado 2, del Título Preliminar del Código Procesal Penal); y, además, (ii) el principio-derecho igualdad ante la ley se vulneraría en la medida en que tratándose de una misma institución jurídica se optan por dos baremos distintos (para la medida de coerción y para la pena, para

el imputado y para el penado) sin justificación razonable alguna. La vigilancia electrónica personal como pena y como medida de coerción persiguen evitar la privación de libertad en un establecimiento penal y sus efectos criminógenos, por lo que no puede haber diferencias de aplicación entre pena efectivamente impuesta y pena probable. Se impone, pues, una interpretación conforme a la Constitución, unificadora de ambos supuestos y que, desde luego, el texto de la ley –el sentido literal posible de la norma– no impide.

13. El literal c) del apartado 1 del artículo 5 de la Ley incorpora excepciones puntuales en función a determinados delitos, lo que podría explicarse por razones de prevención general dada la gravedad de los mismos, la alarma social por su comisión y los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro. Empero, lo que permite dudar de su corrección jurídica sería que, en pureza, incorpora presunciones iure et de iure, de suerte que los intervinientes en esos delitos, pese a que se les puede imponer una pena no mayor de ocho años de privación de libertad –expresión de su mediana gravedad, de por sí son peligrosos y no cumplirían las reglas de seguridad que esta institución consagra –criterio último que solo funcionaría, en el caso concreto, si se concluye que la reinserción social no será más efectiva en medio libre o que huiría o se involucraría en obstaculizar la actividad de esclarecimiento del proceso penal, que el propio artículo 3.1, literal a), a contrario sensu, consagra como eje del principio de proporcionalidad de la medida, y que el literal b) de ese precepto afirma como pauta fundamental de individualización de la medida–.

14. Desde la perspectiva individual se requiere que el imputado no tenga la condición de reincidente o habitual y que con anterioridad no se le haya revocado una pena privativa de libertad no efectiva o un beneficio penitenciario, así como que tenga arraigo laboral, familiar y social, tal como se desprende del artículo 5-A del Reglamento. En consecuencia, se entiende que si estos presupuestos se presentan, unidos al delito atribuido, respecto del que existe sospecha fuerte de comisión, y siempre que no estén en la lista de delitos inexcarcelables a través de la vigilancia electrónica personal, así como que reúnan las condiciones de arraigo correspondientes, el juez deberá conceder esta medida.

§ 3. Otros supuestos de aplicación de la vigilancia electrónica personal

15. El artículo 8.2, párrafo segundo, del Reglamento estipula que la vigilancia electrónica personal también procede "[...] dentro del proceso especial de terminación anticipada o en la conclusión anticipada del juicio oral –conformidad procesal, diríamos nosotros– [...]". Empero, esta disposición se ubica en el supuesto de vigilancia electrónica personal respecto de condenados; y, de otro lado, no se pronuncia respecto del proceso especial de colaboración eficaz.

16. Es de preguntarse si en los dos procesos especiales aludidos y en el proceso común en caso de conformidad procesal es posible la utilización de la vigilancia electrónica personal como medida de coerción personal. Si bien no está definida una exclusión de principio a esta posibilidad, su aplicación (para el proceso especial de terminación anticipada y la conformidad procesal en el proceso común) solo sería viable durante la sustanciación del procedimiento de impugnación de sentencia, así fuere el caso y siempre que se cumplan los presupuestos y condiciones que Ley y el Reglamento preceptúan –por lo demás, también podría discutirse la aplicación de la vigilancia electrónica personal en el proceso común cuando se pide la reforma o la sustitución de las medidas de coerción en la etapa intermedia (artículo 350, apartado 1, literal 'c', del Código Procesal Penal). Recuérdese que mientras la sentencia no quede firme la privación de libertad solo tiene una función cautelar y aseguratoria de la prueba.

17. El proceso de colaboración eficaz, mientras dure su tramitación, también permitiría la aplicación, como medida de coerción personal, de la vigilancia electrónica personal. Es de tener presente que una de las fases más importantes de este proceso penal especial es la corroboración, de suerte que durante su interregno, si se cumplen determinados –no todos– presupuestos y condiciones de imposición de la vigilancia electrónica personal será posible hacer uso de ella. Las reglas específicas de la imposición o, de ser el caso, de la variación de la medida de coerción están fijadas, como pautas autónomas, en el artículo 473, apartados 4, 5 y 6, del Código Procesal Penal; solo en defecto de ellas y siempre que no alteren la lógica de la colaboración

y tutela del solicitante de colaboración, será factible aplicar las reglas generales.

18. El artículo 8.3 del Reglamento estipula que en los casos arriba contemplados, luego de verificar los requisitos que definen la vigilancia electrónica personal, se debe acompañar el informe de verificaciones técnicas a cargo del INPE. Su ausencia determinará la suspensión de la audiencia hasta recabarlo –que será una regla general cuando éste no corra anexado en autos en todo tipo de situación procesal–.

§ 4. Resolución que otorga la vigilancia electrónica personal

19. La vigilancia electrónica personal está sujeta al cumplimiento de determinadas restricciones y reglas de conducta. Así lo disponen el artículo 9 de la Ley, así como los artículos 7.4 y 8-A.3 del Reglamento. El auto judicial que la acoge debe señalarlas expresamente (artículo 7.4 del Reglamento).

    El artículo 9 de la Ley prevé ocho reglas de conducta taxativas –de necesaria inclusión– y una cláusula abierta "Las demás que considere importantes para una adecuada ejecución de la medida impuesta". El límite para su determinación es, obviamente, que "[...] afecten o puedan afectar el bienestar de la persona" (artículo 6.2 del Reglamento).

    Tratándose de vigilancia electrónica personal para imputados, las reglas apuntan, tendencialmente, como no puede ser de otra manera, a evitar el riesgo de fuga o de obstaculización, es decir, garantizar la incolumidad de la restricción coercitiva. Así, incluso, es la perspectiva cuando se trata de establecer rutas, parámetros de desplazamiento, periodos de tiempo y horarios cuando se opte por la vigilancia electrónica con tránsito restringido: eficacia del seguimiento y monitoreo en tanto regla de carácter técnico interna, de un lado; y, reducción del peligro procesal, en tanto regla propiamente procesal y finalista, de otro lado (artículos 12.1 de la Ley y 6.2 del Reglamento).

20. El artículo 8-A del Reglamento impone otra regla de conducta: "[...] la participación del beneficiario en las actividades y/o programas que promuevan una adecuada reinserción social o control de la medida en los establecimientos de medio libro, teniendo en cuenta el lugar

donde se cumplirá esta medida". Empero, esta regla de conducta se circunscribe a los penados, no a los imputados (artículos 13 y 14 del Reglamento), pues la garantía de presunción de inocencia como regla de tratamiento impide tal posibilidad porque importaría considerar a los imputados implícitamente presuntos culpables.

§ 5. Revocatoria de la vigilancia electrónica personal

21. La vigilancia electrónica personal, como toda restricción procesal de la libertad de tránsito, está sujeta no solo a la nota característica del *rebus sic stantibus*, o sea puede ser reformada si cambian las circunstancias que determinaron su imposición (artículo 255, apartado 2, del Código Procesal Penal), sino también a la nota característica de variabilidad, por lo que pueden sustituirse si se infrinjan las reglas de conducta impuestas, teniendo en cuenta "[...] la entidad, los motivos y las circunstancias de la trasgresión, así como la entidad del delito imputado" (artículo 256 del Código Procesal Penal).

22. El artículo 13 de la Ley incorpora un criterio progresivo para poder revocar la vigilancia electrónica personal. En tal virtud, solo se impondrá la amonestación frente al incumplimiento –doloso o culposo– de una regla de conducta y, también, cuando el INPE comunique una alerta leve. Al respecto, el artículo 11.1, literal a), del Reglamento define la alerta leve como aquella emitida por el dispositivo al Centro de monitoreo que pretende advertir alguna anomalía técnica que puede ser producida por factores ajenos al beneficiario. Este criterio ciertamente es desproporcionado, en la medida en que los defectos del dispositivo no son de cargo del imputado al no haberlo manipulado ni dañado –se entiende, dolosa o culposamente–.

    El artículo 11.1, literal b), del Reglamento, impone la revocatoria de la medida impuesta y su conversión en prisión preventiva, cuando, alternativamente, el imputado (i) haya reincidido en la comisión de un nuevo delito –se requiere una sentencia firme que lo acredite y, obviamente, por un delito cometido después del delito que motivó la vigilancia electrónica personal y, además, se circunscribe a la vigilancia electrónica personal como pena dado que solo así es posible afirmar que se cometió un nuevo delito–; (ii) se haya dictado prisión

preventiva en un proceso distinto; (iii) haya infringido reiteradamente alguna regla de conducta –más de una vez, esto es, dos o más veces, sin que haga falta un requerimiento previo–; (iv) dañe el dispositivo o el servicio de tal manera que impida el monitoreo o control; o (v) cuando el INPE haya comunicado una alerta grave o muy grave. Estas alertas importan, en el primer caso (grave) cuando se advierte que el imputado ha iniciado acciones que atentan contra la continuidad del servicio, entre los que contemplan violaciones al radio de acción, desplazamiento u horarios y tiempos, según sea el caso. La alerta muy grave se produce cuando se reportan daños o acontecimientos irreversibles al dispositivo de vigilancia electrónica o al servicio que no permitan el monitoreo y control del beneficiario.

23. Una regla de conducta es el cumplimiento oportuno del costo por el uso del dispositivo electrónico, de ser el caso (artículo 9, literal 'e', de la Ley). A este respecto el artículo 5, numeral 3, del Reglamento señaló que los costos del servicio, fijados mediante una Directiva aprobada por Resolución Ministerial de Justicia y Derechos Humanos, se erigen en presupuestos económicos para la aplicación de la vigilancia electrónica personal, que tendrá en cuenta las condiciones socioeconómicas del beneficiario, salvo que judicialmente pueda exonerarse total o parcialmente. El informe socioeconómico del INPE estudia este aspecto, conforme al artículo 16 del Reglamento.

    Es claro que si se fijó un monto individualizado es porque, en principio, el imputado está en condiciones de solventarlo –costo del dispositivo electrónico y del servicio de vigilancia electrónica–. Empero, no necesariamente la falta de pago será doloso o culposo –únicos supuestos de revocatoria directa–. En determinados supuestos el pago será imposible, en términos absolutos o relativos, al variar las condiciones económicas del imputado, en cuyo caso la revocatoria no será factible. En todo caso el juez, siempre que se invoque, recabará un Informe socioeconómico ampliatorio –sin perjuicio de prueba idónea que pueda presentar el imputado– para determinar si, en efecto, la condición económica del imputado varió de tal manera que impidió el cumplimiento de pago del dispositivo y del servicio.

24. La decisión de revocatoria se decide por el juez en una audiencia (artículo 13.2 de la Ley y 12.1 del Reglamento). La pretensión de revocatoria o de amonestación, en su caso, debe ser presentada por el

fiscal. El principio de rogación, garantía de la imparcialidad judicial, exige esta opción, más allá de que el artículo 10.1 del Reglamento estipula que, como consecuencia del monitoreo –registro de los eventos producidos durante la ejecución de la medida–, el INPE emite informes mensuales que se cursan al fiscal y al juez que dictó la medida. Esto último no constituye, en pureza, un pedido de revocatoria, sino una mera dación en cuenta, por lo que corresponderá al fiscal una primera evaluación y determinación si corresponde instar o no la revocatoria. La solicitud de revocatoria, en forma, ha de ser planteada por el Ministerio Público a través de un requerimiento fundado.

25. La audiencia de revocatoria de la vigilancia electrónica personal en caso de medida coercitiva, conforme al artículo 8-A del Reglamento, frente al pedido del fiscal, acompañada de los recaudos probatorios correspondientes, se realiza dentro de las cuarenta y ocho horas de recibido el requerimiento de revocatoria por el Ministerio Público. Los preceptos de remisión son los artículos 271 y 283 del Código Procesal Penal

    La audiencia, conforme al artículo 12.2 del Reglamento, tiene el carácter de inaplazable y se realiza con la presencia obligatoria del fiscal, la defensa y el beneficiario –si este último se niega a estar presente o no es habido, solo será necesaria la presencia de su defensor–. Las diligencias inaplazables son aquellas fijadas en el artículo 85, apartado 1, del Código Procesal Penal, que el Reglamento extiende a las audiencias de revocatoria de la vigilancia electrónica personal. Respecto del defensor, si éste no asiste, se reemplazará por otro que en ese acto designe el beneficiario o por un defensor público –sin perjuicio de la sanción que se impondrá al defensor inasistente–. El objetivo es que la audiencia no se aplace, pese a eventuales inasistencias del imputado o de su defensa de confianza.

212

§212. Procedencia de la medida de impedimento de salida del país en la investigación preliminar, doctrina legal

Acuerdo Plenario	03-2019/CIJ-116
Fecha	10 de setiembre de 2019
Procedencia	Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República. XI Pleno Jurisdiccional.
Ponentes	San Martín Castro, Neyra Flores, Sequeiros Vargas, Chávez Mella y Castañeda Espinoza.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Figueroa Navarro, Balladares Aparicio, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Castañeda Espinoza, Núñez Julca, Castañeda Otsu, Sequeiros Vargas, Pacheco Huancas, Guerrero López, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Art. 295 del NCPP

RESUMEN:

El impedimento de salida es una medida de coerción cautelar personal, que está dirigida a garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia y asegurar los fines legítimos del proceso.

Cuando en sede de diligencias preliminares ya se cuenta con un determinado nivel, siempre dentro de la noción de sospecha inicial simple, de imputación contra una persona debidamente individualizada –incluso más allá del debate teórico acerca de si debe denominársele "imputado" o no– es razonable permitir que en los casos de necesidad y/o urgencia, y para tutelar la propia investigación, desde el criterio rector de eficacia, se dicten determinadas medidas limitativas de derechos, siempre que la ley lo prevea y en el modo, oportunidad y forma que lo establezca.

FUNDAMENTOS VINCULANTES:

§ 1. Medida de impedimento de salida – regulación normativa

19°. En conclusión, está vigente la Ley 27379 (y modificatorias) en su ámbito de aplicación como ley especial; y, paralelamente, el Código Procesal Penal de acuerdo a sus respectivos supuestos fácticos y lineamientos de vigencia. Se trata de bloques normativos que no se oponen entre sí. No se está, por cierto, frente a una antinomia insuperable.

§ 2. Naturaleza jurídica del impedimento de salida

20. El impedimento de salida es una medida de coerción cautelar personal, que está dirigida a garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia y asegurar los fines legítimos del proceso. Con tal fin, su imposición importa la limitación a la libertad de tránsito prevista en el artículo 2, ordinal 11, de la Constitución Política del Perú.

21. Un sector doctrinario ha sostenido que el impedimento de salida no constituye una medida de coerción que responda a su fin, sino que se limita al cumplimiento de la función de asegurar la indagación de la verdad, por lo que no se requiere que se evidencie un peligro –por parte del imputado– de obstaculización de la investigación. Como medida de seguridad procesal asegurar el proceso de conocimiento de los hechos mediante la limitación de ciertos derechos del imputado o de un testigo importante, por lo que tendría, genéricamente, una naturaleza de medida instrumental restrictiva de derechos.

22. En todo caso, tal medida limitativa de derechos pretende básicamente evitar el entorpecimiento de la averiguación de la verdad y, de este modo, asegurar la presencia del imputado, pero para su dictación es necesario acreditar el riesgo concreto de fuga o de desaparición. Así también lo señala SAN MARTÍN CASTRO cuando indica que:

> Esta medida se justifica como modo de facilitar su pronta y segura ubicación cada vez que se requiera su presencia en el proceso, y siempre que la mera fijación de domicilio no sea suficiente a tal fin. El articulo 295 NCPP señala su necesidad cuando «resulte indispensable para la indagación de la verdad»,

lo que se traduce en su presencia en el lugar del proceso para consolidar la actividad de investigación y de prueba.

CHIRINOS ÑASCO, citando a PEÑA CABRERA FREYRE, sostiene que la salida del imputado del país:

[...] Se puede definir como una medida cautelar personal como la limitación en el ámbito territorial en el que puede transitar el imputado, limitándose únicamente a esa área geográfica todas sus actividades laborales, comerciales, sociales, personales, entre otras; bajo apercibimiento de revocar esta medida coercitiva por otra más gravosa como la prisión preventiva. [...] .

Con respecto al impedimento de salida del país, es una medida de coerción personal que restringe el derecho de circulación del imputado. Su fundamento estriba en disminuir el riesgo de fuga del imputado. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que el impedimento de salida del país puede ser considerado una medida restrictiva no autónoma sino derivada del mandato de comparecencia restrictiva –restringe legítimamente el derecho a la libertad de tránsito– [aunque, cabe resaltar, que el impedimento de salida tiene una regulación propia, al margen de las restricciones específicas de la comparecencia restrictiva, sin perjuicio claro está de su posible acumulación, por lo que no se puede sostener su carácter derivado], y tiene como objeto asegurar la presencia de la persona afectada en el proceso .

Por su parte CÁCERES & IPARRAGUIRRE, acotan que: «El impedimento de salida del país es una medida coercitiva de carácter personal que solo se justifica cuando existen presunciones de que el procesado rehuirá la acción de la justicia».

Del RÍO LABARTHE tiene expuesto que:

> [...] en el Perú, siempre se ha concebido el impedimento de salida como una medida cautelar personal del procesal penal y, todo indica que la voluntad del legislador en el CPP ha sido la misma. Construir una medida alternativa que pretende erigirse en una opción más para asegurar el proceso y su resultado, atendiendo a la distinta intensidad del peligro de fuga en uno y otro caso. Otra cosa es que haya logrado su cometido. [...]

El artículo 295 del CPP regula, o en realidad intenta regular, dos figuras claramente diferenciadas: una medida de aseguramiento de imputado, dirigida a que permanezca disponible para el proceso; y, una medida coercitiva tendiente a garantizar la indagación de la verdad, asegurando un concreto acto de investigación que además, se juzga «importante» (testigo importante).

ASCENCIO MELLADO sobre esta figura expresa que:

> El impedimento de salida consiste en una medida cautelar, pues cautelar es su finalidad, independiente de la comparecencia con restricciones, cuya finalidad exclusivamente se limita a asegurar la investigación, aunque el peligro de obstaculización no provenga del imputado y que es incompatible con la prevista en los artículos 287 y 288 que, si proceden, excluye a esta más definida y particular.

HESBERT BENAVENTE indica al respecto:

> El impedimento de salida del país es una medida coercitiva personal adicional a la de comparecencia con restricciones, en cuanto que también está destinada a asegurar la vigencia y eficacia de la comparecencia restringida (evitando la fuga del imputado). Pues, tal como ha señalado la doctrina procesal penal, el impedimento de salida del país, si bien no supone la posibilidad absoluta de evitar la posible fuga, sí la hace más difícil, y por ende, la disminución en el riesgo de fuga, pues, en tales condiciones, el imputado verá dificultada su intención de huir al extranjero, y más aún, la de subsistir y trabajar en el otro país.

23. En conclusión, de las anotaciones doctrinales precedentes puede advertirse que el impedimento de salida en el ordenamiento jurídico nacional tiene la doble manifestación de una medida de coerción personal que tiene por finalidad garantizar la presencia del imputado frente a una persecución penal –esto es, controlar el riesgo de fuga–, incluso desde las diligencias preliminares; y, también, de una medida de aseguramiento personal destinada a los testigos importantes.

§ 3. Las diligencias preliminares y sus implicancias

25. De la concordancia de los artículos 330 y 336 del CPP se colige, de un lado, que el objeto de las diligencias preliminares estriba en la realización de actos urgentes o inaplazables de investigación destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión y asegurarlas debidamente; y, de otro lado, que su finalidad consiste en la determinación por el fiscal si promueve o no la acción penal a través de la Disposición de Continuación y Formalización de la investigación preparatoria, siempre que exista sospecha reveladora, entre otros elementos, de la existencia de un delito y que se individualizó al imputado.

    Las diligencias preliminares tienen como objetivo necesario «[...] determinar los presupuestos formales para iniciar válidamente la investigación judicial –que no jurisdiccional– y, por ende, el proceso penal». Ello explica los plazos breves del impedimento de salida en sede de diligencias preliminares, así como de las propias diligencias preliminares.

26. Por su parte, el artículo 329 del CPP prescribe que: «[...] el fiscal inicia los actos de investigación cuando tenga conocimiento de la sospecha de la comisión de un hecho que reviste los caracteres del delito [...]». Sobre esa base, la Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017/CIJ-433 de la Corte Suprema, en el fundamento jurídico veintitrés sostuvo que: «[...] para la emisión de la disposición de diligencias preliminares solo se requiere sospecha inicial», es decir, el grado de conocimiento requerido para instaurar las diligencias preliminares es el de sospecha simple».

§ 4. Situación problemática y justificación

34. Ahora bien, como consecuencia del examen de los preceptos que regulan esta institución, es de destacar la existencia, de un lado, (i) de una ley especial vigente para un ámbito de aplicación específico en la sub-fase de investigación preliminar o diligencias preliminares, conforme a la Ley 27379 y sus normas conexas y modificatorias; y, de

otro lado, (ii) del Código Procesal Penal que disciplina el impedimento de salida del país en la sub-fase de investigación preparatoria formal, en ambos casos a través de un régimen común y solo con algunas diferencias específicas, de suerte que es factible dictar la medida de impedimento de salida tanto a nivel de la investigación preliminar o diligencias preliminares –en los supuestos legalmente previstos– como ya instaurada la investigación preparatoria formal.

38. Es de destacar que según el numeral 2 del artículo 330 del CPP, «las diligencias preliminares tienen por finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables destinadas a determinar si han tenido lugar los hechos objetos de conocimiento y su delictuosidad». Ello significa que existe una imputación preliminar –a diferencia de una imputación formal (artículo 336, numeral 1, del CPP)– sobre la base de una sospecha inicial simple, con un nivel de concreción razonable, en cuyo contexto sin duda el imputado tiene derechos y es factible la implementación de medidas limitativas, sujetas por lo demás a sus propios presupuestos en cuanto al juicio de imputación –una exigencia legal está en función a la propia realización de diligencias preliminares de investigación y otra, por sus propios presupuestos configurativos, a la imposición de medidas limitativas de derechos–. No sería razonable ni legítimo ni correspondería a un Estado Constitucional, una investigación por hechos que no tengan connotación penal y mucho menos, la denominada inquisitio generalis, entendida como una indagación general sobre una persona, sin elementos de juicio mínimos sobre una conducta con apariencia de delito o delitos.

Cuando en sede de diligencias preliminares ya se cuenta con un determinado nivel, siempre dentro de la noción de sospecha inicial simple, de imputación contra una persona debidamente individualizada –incluso más allá del debate teórico acerca de si debe denominársele "imputado" o no– es razonable permitir que en los casos de necesidad y/o urgencia, y para tutelar la propia investigación, desde el criterio rector de eficacia, se dicten determinadas medidas limitativas de derechos, siempre que la ley lo prevea y en el modo, oportunidad y forma que lo establezca. Desde la legitimidad constitucional de la medida, desde luego, es aceptable tal conclusión, siempre y cuando se cumplan los presupuestos del principio de intervención indiciaria y los presupuestos y requisitos del principio de proporcionalidad.

Es de subrayar que toda medida limitativa de derechos debe implementarse bajo las pautas y principios señalados en el artículo VI del Título Preliminar del CPP, que entre otros presupuestos exigen suficiencia de elementos de convicción (principio de intervención indiciaria) y respeto al principio de proporcionalidad, principio aplicable en todos los ámbitos según la sentencia del Tribunal Constitucional 02748-2010-PHC/TC–Lima, caso Mosquera Izquierdo.

La primera permite su imposición sin necesidad de audiencia y el segundo autoriza su imposición mediante la previa realización de una audiencia de acuerdo a lo estipulado en el apartado 6 del artículo 296 del CPP. Será el Ministerio Público el que, de los supuestos de hecho y objetivos concretos en el marco de sus funciones constitucionales en el ámbito penal, invoque una u otra posibilidad en los casos concretos, y con efectos específicos.

39. En relación al tema, también la Sentencia del Tribunal Constitucional 01064-2010-PHC/TC, Lima, de 12 de noviembre de 2010, sancionó su viabilidad, al expresar:

> 11. Como se ha dejado expuesto en los fundamentos precedentes, una de las formas de limitación de la libertad de tránsito puede estar constituida por el mandato judicial de impedimento de salida del país. Respecto de ello es necesario señalar que está prevista legalmente en el artículo 2, inciso 2) de la Ley 27379, que señala que esta medida coercitiva se adoptará en tanto resulte indispensable para los fines del proceso y siempre que no sea necesaria una limitación más intensa de la libertad personal. Más recientemente el Nuevo Código Procesal Penal, de vigencia en una buena parte del país, la ha recogido de modo expreso en los artículos 295 y 296 superando la omisión del antiguo Código de Procedimientos Penales.
>
> 12. Esta materia no resulta ser novedosa para la jurisprudencia constitucional, pues este Colegiado ya ha tenido oportunidad de estudiarla y evaluar su validez constitucional al emitir pronunciamiento en la STC 3016-2007-PHC/TC, en cuyo fundamento 11 ha tenido la oportunidad de señalar que: «... no toda intervención a un derecho fundamental per se resulta

inconstitucional, pero sí puede resultarlo cuando la misma no se ajuste plenamente al principio de proporcionalidad. Y es que si bien, es atribución del juez penal dictar las medidas coercitivas pertinentes a fin de asegurar el normal desarrollo y fines del proceso, y por tanto, puede imponer el impedimento de salida del país, dicha medida coercitiva debe reunir, por lo menos, los siguientes requisitos: a. Debe ser ordenada, dirigida y controlada por autoridad judicial. Lo que significa que sólo mediante decisión judicial se puede imponer la medida provisional personal de impedimento de salida del país. b. La decisión judicial debe contener los datos necesarios de la persona afectada. Lo que supone que dicha decisión mínimamente debe contener los nombres y apellidos completos de la persona afectada; el número de su Documento Nacional de Identidad; el órgano jurisdiccional que lo dispone; el número o identificación del expediente y el delito por el cual se le investiga o procesa. Estos mismos requisitos deben ser registrados por la autoridad administrativa competente. c. Debe estar debidamente fundamentada y motivada. Lo que significa que deben señalarse las razones o motivos que supuestamente justifican la imposición de dicha medida, y en su caso, de la prolongación de su mantenimiento mientras dure el proceso. d. Debe señalarse la duración de la medida. Si bien la norma preconstitucional no señala un plazo de duración del impedimento de salida del país; ello no obsta para que el juez de la causa, en cada caso concreto, señale un plazo determinado, o de ser el caso, establezca la prolongación de su mantenimiento mientras dure el proceso; en este último caso, deberá ser dictado razonablemente atendiendo a las necesidades que existan al interior de cada proceso, tales como el asegurar la presencia del imputado en el proceso, el normal desarrollo del mismo, el evitar que se perturbe la actividad probatoria y la efectividad de las sentencias. En cualquier caso, esta medida no puede durar más allá de lo que puede durar el proceso penal, pues, existiendo sentencia condenatoria con mandato de detención no hay razón alguna para mantener su vigencia. O más aún, si se trata de procesos fenecidos con sentencia absolutoria o de un sobreseimiento, resultará totalmente arbitrario que dicha medida subsista…».

13. Como se puede apreciar de lo expuesto anteriormente, el análisis efectuado por el Tribunal Constitucional recayó sobre la medida de impedimento de salida del país impuesta dentro de un proceso penal; sin embargo, ello no es óbice para que este Colegiado establezca que dichas reglas también le son aplicables a todos aquellos supuestos de impedimento de salida del país, sea cual fuera la naturaleza del proceso del cual derivan. Y es que dichas reglas cumplen una doble función; por un lado constituyen lineamientos objetivos que han de tener presente los órganos jurisdiccionales al momento de dictar una medida como la que es objeto de análisis y, por otro lado, sirven como garantías mínimas para la persona a la cual se le va a imponer dicha medida y, colateralmente, para la protección de terceros que podrían encontrarse perjudicados con una medida de impedimento de salida del país.

40. Todo lo reseñado es coherente con la viabilidad de la medida de impedimento de salida del país en caso de los altos funcionarios del Estado, a que se refiere el artículo 99 de la Constitución Política del Perú, a propósito de la Ley 27399 que regula las investigaciones preliminares previstas en la Ley 27379 tratándose de dichos funcionarios.

Al respecto, se ha pronunciado SAN MARTIN CASTRO, expresando que:

A. Las leyes anticorrupción, que buscan responder eficazmente a la lucha contra la inmensa red de corrupción para-estatal (...) son: [...] (2) la Ley 27379, de 21 de diciembre de 2000, que permitió expresamente a la Fiscalía realizar investigaciones preliminares antes del ejercicio de la acción penal, así como solicitar medidas excepcionales limitativas de derechos, tales como [...] el impedimento de salida del país o de la localidad [...].

Así mismo refiere:

> Las denominadas medidas cautelares «preprocesales», esto es, las solicitadas y dictadas ante causam, o sea con anterioridad al inicio del proceso -de ahí la denominación de «precautelar»-, han sido previstas en normas procesales complementarias al Código de Procedimientos Penales y para supuestos determinados, como

es el caso de las estatuidas en la legislación represora del tráfico de drogas (Decreto Ley 22095, artículo 73, de 2 de marzo de 1978; Decreto Supremo 39-94-JUS, de 23 de julio de 1994); y en la Ley 27379, de 21 de diciembre de 2000.

10. DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL PROCESO PENAL

213

§213. Valoración de la prueba pericial en delitos de violación sexual

Acuerdo Plenario	4-2015/CIJ-116
Fecha	02 de octubre del 2015
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	San Martín Castro, Neyra Flores y Loli Bonilla.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Villa Stein, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Salas Arenas, Barrios, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Loli Bonilla.
Disposiciones estudiadas	173°NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	15° al 36°

RESUMEN:

El sistema de valoración de prueba que ha acogido nuestra legislación procesal es el de la sana crítica. ***Un sistema de sana crítica o valoración racional de la prueba no limita la posibilidad de establecer criterios determinados para la valoración, por el contrario, estos servirían de pautas para el juez*** *que, apoyado en un conocimiento sobre la ciencia o la técnica, resolverá sobre la base de un sistema de valoración regido por verdaderos criterios de conocimiento que garanticen a la vez un adecuado juzgamiento.* ***El juez deberá fundamentar coherentemente tanto la aceptación como el rechazo del dictamen, observando para ello las reglas que gobiernan el pensamiento humano****; lo que generará, asimismo, la posibilidad de un control adecuado de sus decisiones.*

FUNDAMENTOS:

Criterios para la valoración de la prueba pericial

15º. La valoración de la prueba cuenta con dos fases en las que el juez debe tener en cuenta criterios distintos: (i) La primera fase de la valoración es meramente un control de legalidad sobre la existencia o no de actividad probatoria lícita (juicio de valorabilidad), y en caso de su existencia, si ésta tiene un sentido incriminatorio. (ii) La segunda fase es ya de la valoración en sentido estricto, cuyo objeto es determinar tanto si existen elementos de prueba de cargo o incriminatorio y, luego, si tal prueba existente es suficiente o no para condenar.

16º. El sistema de valoración de prueba que ha acogido nuestra legislación procesal es el de la sana crítica. Un sistema de sana crítica o valoración racional de la prueba no limita la posibilidad de establecer criterios determinados para la valoración, por el contrario, estos servirían de pautas para el juez que, apoyado en un conocimiento sobre la ciencia o la técnica, resolverá sobre la base de un sistema de valoración regido por verdaderos criterios de conocimiento que garanticen a la vez un adecuado juzgamiento.

17º. Las opiniones periciales no obligan al juez y pueden ser valoradas de acuerdo a la sana crítica; sin embargo, el juez no puede "descalificar" el dictamen pericial desde el punto de vista científico, técnico, artístico ni modificar las conclusiones del mismo fundándose en sus conocimientos personales.

En consecuencia, el juez deberá fundamentar coherentemente tanto la aceptación como el rechazo del dictamen, observando para ello las reglas que gobiernan el pensamiento humano; lo que generará, asimismo, la posibilidad de un control adecuado de sus decisiones.

El juez, en suma, no está vinculado a lo que declaren los peritos; él puede formar su convicción libremente. Ahora bien, es indudable la fuerza de convicción que tienen los informes periciales, especialmente los de carácter estrictamente científico técnico. Más discutible pueden resultar los de otra naturaleza (pericias médicas, o psicológicas, o contables), pero, en cualquier caso, siempre suelen ser la prueba de cargo, es decir, la fundamental para enervar la presunción de inocencia *[BANACLOCHE PALAO, Julio: Aspectos fundamentales del Derecho procesal penal, La Ley, Madrid, 2010, p. 268].*

Las pericias no son en sí mismas la manifestación de una verdad incontrovertible [STSE 997/1997, de 8 de julio]. No se puede conferir a priori valor superior a un medio de prueba sobre otro, por lo que si respecto a un tema concreto se hubieren llevado a cabo distintas pruebas, además de la pericial, con resultado diferente, claro es que entonces se reconoce al órgano jurisdiccional la facultad de realizar la conjunta valoración de la prueba, que permite estimar eventualmente que la verdad del hecho no es la que aparece expuesta por la prueba pericial sino la que ofrecen otros medios probatorios. Igual pauta metodológica tendrá lugar cuando el juez razonablemente discrepe de todo o de parte del contenido pericial [STSE 1/1997, de 28 de octubre].

Sin embargo, es igualmente plausible que si el juez se aparta de la pericia sin razones que lo expliquen y justifiquen, se estará ante un razonamiento contrario a las reglas de la racionalidad.

18º. Los criterios que se exponen están orientados a la fijación de evaluación de la validez y fiabilidad de la prueba pericial. De ellos se deriva la diferenciación entre lo que puede considerarse ciencia de la que no es. Al respecto, la doctrina [MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: "*Pruebas científicas y estándares de calidad", en La prueba en el proceso penal acusatorio.* Reflexiones adaptadas al Código Procesal Penal peruano de 2004, Jurista Editores, Lima, 2011, pp. 142 y 143] –sobre la base de la experiencia judicial norteamericana– ha propuesto los criterios siguientes:

A. La controlabilidad y falsabilidad de la teoría científica, o de la técnica en que se fundamenta la prueba, lo que implica que la teoría haya sido probada de forma empírica, no solo dentro de un laboratorio.

B. El porcentaje de error conocido o potencial, así como el cumplimiento de los estándares correspondientes a la prueba empleada.

C. La publicación en revistas sometidas al control de otros expertos de la teoría o la técnica en cuestión, lo que permite su control y revisión por otros expertos.

D. La existencia de un consenso general de la comunidad científica interesada.

Este criterio de la aceptación general "general acceptance" deja de ser el único elemento de decisión (como se había establecido en el caso Frye). La decisión sobre la admisión de esta prueba ya no corresponde únicamente a la comunidad científica sino al juez, quien deberá controlar

la confiabilidad de la prueba científica, con arreglo a dichos criterios, y exponer los motivos de su inadmisión. El enfoque de un tribunal no debe ser sobre las conclusiones alcanzadas por el perito, sino sobre la metodología empleada para llegar a estas conclusiones. Y en caso que la conclusión no se desprenda de los datos que señala en su dictamen, el Tribunal tiene la libertad de determinar que existe un análisis inaceptable entre premisas y conclusión [SANDERS, Joseph: "*La paradoja de la relación metodológica y conclusión y la estructura de la decisión judicial en los Estados Unidos*", en Derecho Probatorio contemporáneo: Pruebas científicas y técnicas forenses, Universidad de Medellín, Medellín, 2012. p. ll0].

19°. A efectos de la valoración de las pericias, estas son clasificadas en formales y fácticas. Forman parte de las primeras, saberes como la química, biología e ingeniería, cuya calificación es indiscutible. Así, por ejemplo, la prueba de ADN se basa en conocimientos científicos biológicos, o las pericias toxicológicas, físicas, médicas (que se guían por el Manual de Protocolos de Procedimientos Médicos Legales Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de 1998, Protocolos de Procedimiento Médicos Legales 1997, Guía Médico Legal Evaluación Física de la Integridad sexual y Manual de Procedimientos Administrativos de la División Central de Exámenes Médicos Legales del Perú de 1995), y químicas.

20°. Por otro lado, integran las ciencias fácticas, las ciencias sociales: psicología, historia, etc. Sus principales pericias son: la pericia psicológica, psiquiátrica (que cuando son oficiales se orientan por la Guía Psicológica Forense para la Evaluación de casos en Violencia Familiar 2013, Guía Médico Legal Evaluación Física de la Integridad sexual, Guía de Procedimientos para Entrevista Única de Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Abuso Sexual, Explotación Sexual y Trata con fines de Explotación Sexual en Cámara Gesell de 2011, Guía de Procedimientos para la Evaluación Psicológica de Presuntas víctimas de Abuso y Violencia Sexual atendidas en Consultorio del año 2013 y Guía de Valoración del Daño Psíquico en Víctimas Adultas de Violencia Familiar, Sexual Tortura y otras formas de Violencia Intencional del año 2011), económica, antropológica.

21°. No toda pericia que se utilizará en el proceso tendrá como base conocimientos científicos, pues como enfatiza el artículo 172° del CPP, también procederá siempre que, para la explicación y mejor comprensión de algún hecho, se requiera conocimiento especializado de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada. Muestra de ello

es la pericia valorativa, balística, contable, grafotécnica, dactiloscópica, informes especiales de controlaría (que se guía por el lineamiento de Contraloría General de la República N° 03-2012-CG/GCAL).

22°. Sobre la base de estas consideraciones, se establecen los siguientes criterios de valoración de la prueba pericial:

A. La pericia como prueba compleja debe evaluarse en el acto oral a través, primero de la acreditación del profesional que suscribió el informe documentado: grado académico, especialización, objetividad y profesionalidad. No se debe poner el acento en que el perito es oficial o de parte.

B. El informe debe haberse elaborado de acuerdo a las reglas de la lógica y conocimientos científicos o técnicos. Especialmente, si se analiza el objeto del dictamen, la correlación entre los extremos propuestos por las partes y los expuestos del dictamen pericial, y la correspondencia entre los hechos probados y los extremos del dictamen, la existencia de contradicciones entre el informe y lo vertido por el perito en el acto oral. Asimismo, que se explique el método observado, que se aporten con el dictamen pericial, los documentos, instrumentos o materiales utilizados para elaborarlos y la explicación cómo se utilizó.

C. Evaluarse las condiciones en que se elaboró la pericia, la proximidad en el tiempo y el carácter detallado en el informe, si son varios peritos la unanimidad de conclusiones. Para una mejor estimación será preferible que se grabe la realización de la pericia, se documente y se detalle cómo se llevó a cabo.

D. Si la prueba es científica, desde un primer nivel de análisis, debe evaluarse si esta prueba pericial se hizo de conformidad con los estándares fijados por la comunidad científica. El juez al momento de evaluar al perito debe examinar sobre la relevancia y aceptación de la comunidad científica de la teoría utilizada, y cómo es que su uso apoya la conclusión a la que arribó. De ser notoria la relevancia y aceptación de la teoría, esto no será necesario. Asimismo, el juez debe apreciar el posible grado de error de las conclusiones a las que ha llegado el perito.

23°. Estos criterios son necesarios, pues no es suficiente confiar solo en la libre valoración del órgano judicial para garantizar que el conocimiento específico se utilice válidamente y se interprete correctamente como base

para decidir sobre los hechos objeto del proceso. Lo que se requiere para que las pruebas periciales válidas ofrezcan fundamentos racionales a la decisión sobre los hechos, es un análisis judicial profundo y claro de las mismas acorde con estándares fiables de evaluación [*Taruffo, Michele: La prueba, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 100]*.

Empero, es de anotar, para no llevar a equívocos, que el juez, respecto de la prueba pericial, debe realizar un examen complejo, que comprende tres aspectos: 1) Subjetivo, referidos a la persona del perito (personalidad, relaciones con las partes, escuela científica a la que pertenece, nivel de percepción, capacidad de raciocinio y verdadero nivel de conocimientos, entre otros). 2) Fáctico o perceptual -de existir circunscrito al examen del objeto peritado, a su modo de acercamiento a él, a las técnicas utilizadas, etc. 3) Objetivo, concretado al método científico empleado, al grado que alcanzó la ciencia, arte o técnica utilizada, a la existencia de ligazón lógica entre los diversos elementos integrantes del informe pericial, a la entidad de las conclusiones: indecisas o categóricas, a la calidad de las fundamentaciones o motivaciones expuestas en el dictamen [Climent Duran, Carlos: La prueba penal, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2da. edición, 2005, p. 847].

El examen médico legal en delitos sexuales

24°. La medicina legal es la especialidad médica que brinda los conocimientos de salud al sistema de administración de justicia nacional. Es considerada una ciencia ya que utiliza un método para generar un conocimiento de tal naturaleza y comprobable, el cual es frecuentemente solicitado por las autoridades competentes [*Pacheco De La Cruz, José Luis/ Pacora Portella, Percy/De La Cruz Chamilco, Nancy/ Díaz Cubas, Noelia: Violencia y abuso sexual contra la mujer: Evaluación médico legal y clínico terapéutica de la mujer agredida física y/o sexualmente*. Disponible en línea: /www.fihu-diagnostico. org.pe/revista/números/2012/oct-dic/189-197. html].

25°. En una víctima de violación sexual, se debe establecer si ha sido objeto o pasible de desfloración vaginal, acto contranatura y de otras lesiones físicas al cuerpo. El profesional examinador, además de apreciar estas zonas físicas, deberá obtener todo vestigio material que se relacione con este delito, tal como vellos púbicos, manchas de semen y muestras de contenido vaginal y/o anal, entre otros. Siendo el pene, los dedos u otros objetos duros de superficie roma, agentes clasificados como contundentes,

se observarán lesiones denominadas contusas. Así, pues, las lesiones del himen relacionadas a un abuso sexual serán identificadas y evidenciadas como desgarros o laceraciones, equimosis y tumefacciones del borde himeneal.

26°. Respecto al examen proctológico, la exploración médica implica la inspección del área perianal. Se inicia en el esfínter anal, observando sus características, que pueden ser alteradas por la violación anal en el siguiente sentido: borramiento de pliegues del esfínter por edema traumático, desgarros, fi suras, despulimiento de las mucosas *[GRANDINI GONZALES, Javier: Medicina forense, Mc. Graw Hill, México D.F, 2010, p. 101].*

27°. La Guía Médico Legal-Evaluación Física de la Integridad Sexual del Ministerio Público señala los requisitos mínimos para realizar la evaluación física integral en casos de violencia sexual, a saber: a) El examen debe ser realizado por dos peritos como mínimo, en ausencia de otro y/o en caso de urgencia podrá ser realizado solo por un perito. b) Para su realización deberá ser asistido por un personal auxiliar capacitado, y de preferencia femenino. c) Se podrá contar además con la presencia de cualquiera de las siguientes personas según voluntad expresa del evaluado: i) familiar, ii) personal femenino de la PNP, iii) personal femenino acompañante (custodio, tutores, asistentes sociales), d) si se realiza por un solo perito debe realizar la perennizacion del examen, previo consentimiento del evaluado, o, en su caso, de su familiar si es menor de edad, y según la logística disponible (cámara fotográfica o video cámara), e) debe contarse con un ambiente o consultorio adecuado, con buena iluminación, mobiliario e instrumental.

La pericia psicológica forense y la credibilidad del testimonio.

28°. Una de las pruebas que se puede utilizar al acontecer delitos contra la libertad sexual es la pericia psicológica sobre la credibilidad del testimonio. Esta se encuentra orientada a establecer el grado en que cierto relato específico respecto de los hechos investigados cumple, en mayor o menor grado, con criterios preestablecidos que serían característicos de relatos que dan cuenta de forma fi dedigna respecto de cómo sucedieron los hechos [*UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENTOS, FISCALÍA NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO:*

Evaluación pericial psicológica de credibilidad de testimonios, Santiago de Chile, 2008, p. 37

29º. En ese sentido, la valoración de este medio de prueba pericial, debe ser realizada de forma rigurosa, de ahí que el juez al evaluar al perito debe preguntar y verificar lo siguiente *[DE GREGORIO BUSTAMENTE, Álvaro: Abuso sexual infantil. Denuncias falsas y erróneas. Omar Favale ediciones jurídicas, Buenos Aires, 2004, p. 208.]*:

A. El evaluado tiene capacidad para testimoniar.

B. Puede aportar un testimonio exacto, preciso y detallado sobre los hechos cuya comisión se estudia.

C. Puede ser sugestionado, inducido y llevado a brindar relatos y testimonios inexactos o por hechos falsos.

D. Puede mentir sobre los hechos de violación sexual.

E. Tiene capacidad y discernimiento para comprender lo que se le pregunta.

30º. Para realizar un análisis de credibilidad, resulta necesario efectuar evaluaciones a los sujetos que vierten el relato, atendiendo a dos niveles:

A. Cognitivos de la persona, que redundan en su habilidad para relatar los hechos con precisión y exactitud. Considera de manera particular los factores generales que influyen en la adquisición, retención, recuperación y comunicación verbal de la información (exactitud).

B. Al componente motivacional que se refiere a la voluntad para explicar los hechos de modo apegado o no a la realidad.

31º. Sin embargo, es pertinente precisar: **Primero,** que la valoración de esa modalidad de pericia psicológica presupone una declaración prestada en forma legal, y con todas las garantías procesales y constitucionales. **Segundo,** que el análisis crítico del testimonio es una tarea consustancial a la responsabilidad de valorar y resolver de los jueces, cuyo criterio no puede ser sustituido por especialistas que solo pueden diagnosticar sobre la personalidad en abstracto pero no sobre su comportamiento en el caso concreto, por lo que el informe psicológico solo puede servir de apoyo periférico o mera corroboración –no tiene un carácter definitivo–, pero no sustituir la convicción sobre la credibilidad del testigo. Tercero, que el juicio del psicólogo solo puede ayudar al juez a conformar su criterio sobre

la credibilidad del testigo; y, su informe, al contrastar las declaraciones de la víctima –menor de edad, sustancialmente– con los datos empíricos elaborados por la psicología, si existen o no elementos que permitan dudar de su fiabilidad. Cuarto, que el informe pericial no puede decir, ni se les pide que lo hagan, si las declaraciones se ajustan o no a la realidad, la cual es tarea del órgano jurisdiccional que entre otros elementos contará con su percepción directa de las manifestaciones y con el juicio del psicólogo sobre la inexistencia de datos que permitan suponer fabulación, inducción, invención o manipulación [conforme: STS de 29 de octubre de 1996, de 16 de mayo de 2003, y de 488/2009, de 23 de junio].

La pericia psicológica forense en los delitos sexuales.

32°. El delito de violación sexual genera un daño psicológico en la víctima que implica a su vez lesiones psíquicas agudas producidas por un delito violento –que en algunos casos puede requerir con el paso del tiempo de un apoyo social o un tratamiento psicológico adecuado– y por otro, a las secuelas emocionales que persisten en forma crónica como consecuencia del suceso sufrido y que interfieren negativamente en su vida cotidiana [*ECHEBURUA, ENRIQUE/ AMOR, Pedro/ DE CORRAL, PAZ, "Evaluación del daño psicológico de las víctimas de delitos violentos", en Psicothema. Vol. 14(2002), pp. 139 y 140].*

33°. La lesión psíquica incapacita significativamente para hacer frente a los requerimientos de la vida ordinaria a nivel personal, laboral, familiar o social, por tanto su presencia es medible. Las lesiones más frecuentes son los trastornos adaptativos, el trastorno de estrés postraumático o la descompensación de una personalidad anómala. El trastorno de estrés postraumático, común en los delitos de violencia sexual según la Organización Mundial de la Salud, es una alteración psíquica que aparece cuando la persona ha sufrido una agresión física o una amenaza para la vida propia o de otra persona. Asimismo, cuando la reacción emocional experimentada implica una respuesta intensa de miedo, horror o indefensión *[ASENSI PÉREZ, Laura Fátima: "La prueba pericial psicológica en asuntos de violencia de género", en Revista Internauta de Práctica Jurídica N° 21, enero-junio de 2008, p. 19].*

34°. De otro lado, las secuelas emocionales que se presentan se refieren a la estabilización del daño psíquico, es decir, a una discapacidad permanente que no remite con el paso del tiempo ni con un tratamiento adecuado;

es una alteración irreversible en el funcionamiento psicológico habitual [*ECHEBURUA, ENRIQUE/ AMOR, Pedro/ DE CORRAL, PAZ, "Evaluación del daño psicológico de las víctimas de delitos violentos", en Psicothema. Vol. 14 (2002), p. 140]*. Por esta razón, la pericia psicológica forense es la idónea para determinar el daño causado. Ella es un procedimiento metodológico, realizado por un perito psicológico, con la finalidad de esclarecer la conducta y determinar el estado de salud mental de personas implicadas en procesos de investigación policial y/o judicial *[POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ: Manual de Criminalística, Dirección de Criminalística, Lima, 2006, p. 356]*.

35º. La referida pericia se basa en un procedimiento establecido: i) observación de la conducta, se debe registrar indicadores como tics, movimientos o temblores del cuerpo, etcétera, ii) historia clínica psicológica, que es un documento biográfico del pariente basado en sus vivencias y experiencias, así como de la familia; esencialmente deben anotar datos de la filiación y el problema actual, iii) examen mental que es una herramienta que permite detectar alguna patología mental la que será corroborada con los otros instrumentos, iv) reactivos psicométricos (pruebas psicológicas).

36º. Su valoración adquiere la mayor relevancia, por lo que, siguiendo los criterios asumidos, se debe considerar además de lo ya expuesto:

A. La acreditación del profesional que suscribió el informe documentado, grado académico en la especialidad, especialización en psicología forense o similar.

B. De ser posible, es necesario que se grabe la entrevista y se detalle cómo se llevó a cabo.

C. Evaluar si se efectuó de conformidad con los estándares de la Guía de Procedimiento para la Evaluación Psicológica de Presuntas Víctimas de Abuso y Violencia Sexual Atendidas en Consultorio del Ministerio Público de 2013, aunque esto no implica que no se deba de evaluar los demás criterios, pues este es solo un dato indiciario de la validez de la prueba pericial psicológica forense.

D. Como se advirtió, es importante que el juez al momento de evaluar al perito pregunte sobre la relevancia y aceptación de la comunidad científica de la teoría usada, por ejemplo, en el uso de reactivos psicométricos, como el test de la Figura Humana de E. M Kopitz, test de la Figura Humana de Karen Machover test de la Familia, test de la

Casa, test del Árbol, etcétera; y como es que el uso de estos apoya la conclusión a la que arribó.

E. El juez debe preguntar sobre el posible grado de error de las conclusiones a las que ha llegado el perito, debiéndose valorar que los sujetos en estas pruebas tienden a responder con sinceridad los cuestionarios que se les hacen, pero existen excepciones que conviene controlar, así el único uso de autoinformes no es apto para el diagnóstico de los trastornos de personalidad, pues en comparación con las entrevistas clínicas2 tienden a ocultar o exagerar los síntomas del paciente. Al contrario, las técnicas proyectivas son más difícil de falsear porque son pruebas enmascaradas *[ECHEBURUA, ENRIQUE/ AMOR, Pedro/ DE CORRAL, PAZ:* "Auto informes y entrevistas en el ámbito de la psicología clínica forense: limitaciones y nuevas perspectivas", *en Análisis y modificación de conducta, Vol. 29. N° 126 (2003), pp. 139 y 140.* Asimismo, se ha señalado que las pruebas proyectivas tienen una ventaja significativa en relación al resto de pruebas psicológicas y es que no están intermediadas por el lenguaje, a diferencia, por ejemplo, de los cuestionarios *[DEMUS: Justicia de género. Pericias psicológicas en caso de violencia sexual en conflicto armado, DEMUS, Lima, 2010, p. 6].*

214

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

Acuerdo Plenario	1-2011/CJ-116
Fecha	06 de diciembre del 2011
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	Barrios Alvarado y Villa Bonilla.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Villa Stein, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Neyra Flores, Villa Bonilla, Calderón Castillo y Santa María Morillo.
Disposiciones Estudiadas	Reglas 70° y 71° de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	21º al 38º

RESUMEN:

El delito de violación sexual resguarda el bien jurídico de la libertad sexual o de la indemnidad sexual -según la víctima del caso concreto-, reprimiendo un abuso sexual indeseado o no consentido. Por tanto, ***la oposición del sujeto pasivo a la relación sexual no es de relevancia para la comisión del delito****, en tanto el tipo penal incluye la amenaza como medio comisivo del mismo, y –además- por la presencia de circunstancias contextuales concretas que pueden hacer inútil una resistencia de la víctima. Es así que* ***la constatación de si el agente doblegó o no la resistencia de la víctima de abuso sexual, en absoluto constituye objeto de dilucidación preponderante en el proceso****.*

Por otro lado, y debido a la especial naturaleza de este delito, la retracción como obstáculo al juicio de credibilidad se supera en la medida en que se trate de una víctima de un delito sexual cometido en el entorno familiar o entorno social próximo, pues es a causa de ello que se mantiene como centro de diferentes presiones y culpas post denuncia. Por tanto, ***la validez de la retractación de la víctima se***

encuentra en función de un análisis interno *–que incluirá la solidez o la debilidad de la declaración incriminatoria inicial; la coherencia interna del nuevo relato; y la razonabilidad de la justificación del sujeto pasivo por realizado una "denuncia falsa"-,* ***y externo*** *–que considerará los probados contactos que haya tenido el procesado con la víctima que pudieron haber influenciado en el cambio de versión; y la intensidad de las consecuencias negativas generadas con la denuncia-. En este sentido,* ***la prueba valorada en un proceso penal por delito de violación sexual deberá tener en cuenta medios de corroboración diferentes a la prueba médico forense como una la prueba de actuación obligatoria por excelencia.***

Asimismo, es necesario evitar la victimización secundaria y la revictimización del sujeto pasivo del delito, sobre todo –y de forma obligatoria- en caso de menores de edad.

FUNDAMENTOS:

"Planteamiento de la problemática propuesta:

6°. La propuesta del Foro de "Participación Ciudadana" parte de un criterio estadístico de absoluciones (90%) en casos de denuncias por delitos contra la Libertad Sexual de mujeres adultas y adolescentes (de 14 a 17 años de edad), que estima que el motivo de tal conclusión es la forma de valorar la prueba indiciaria. Asimismo, entiende que algunos sectores de la comunidad asumen que esta apreciación probatoria está gobernada por estereotipos de género en los Policías, Fiscales y Jueces. Por último, afirma como ejemplo de este criterio judicial las Ejecutorias Supremas recaídas en los Recursos de Nulidad N° 2929-2001/Lima, N° 4063-2008/Apurímac, y N° 3085- 2004/Cañete.

7°. A modo de propuesta los juristas participantes en el "Foro de Participación Ciudadana" plantearon como criterios la necesidad de incorporar en la apreciación de la prueba de delitos sexuales, los siguientes –que tienen su fuente principal, entre otros, en las Reglas 70° y 71° de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional-:

A. Que el consentimiento de la víctima no podrá derivar:

a. De ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre;

b. De ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre;

c. Del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual;

d. Ni dependerá de la credibilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo cuando éstas pretendan fundarse en comportamiento anterior o posterior, de naturaleza sexual de la víctima o de un testigo.

B. Que no se admitirán pruebas de la conducta sexual anterior o ulterior de la víctima o de un testigo.

C. Que no es causal de absolución la denominada "declaración única" y que la declaración de la víctima constituye un elemento imprescindible para castigar conductas sexuales no consentidas.

D. Que no se puede sobrevalorar la pericia médico legal basada en la pérdida de la virginidad de la víctima y en la acreditación de violencia física.

Precisiones en torno al enfoque sugerido:

8°. En cuanto a los delitos sexuales, como categoría especial y a partir de sus propias particularidades, es de rechazar para evaluarlos en sede judicial cualquier prejuicio o estereotipo con base en el género que suponga un atentado contra la dignidad de la víctima femenina. Este criterio judicial exige, desde una perspectiva objetiva, que se lleve a cabo una adecuada apreciación y selección de la prueba a fin de neutralizar la posibilidad de que se produzca algún defecto que lesione la dignidad humana y sea fuente de impunidad[149].

---

[149] La Comisión Interamericana en su Informe Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas señala: "*(l)a influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos. Esta influencia también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba subsiguiente, que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales*".

9°. Las "perspectivas de género" *-per se-* si bien no constituyen un único criterio de intervención y regulación del Derecho Penal y Procesal Penal, en los delitos sexuales adquieren una particular relevancia, en atención a la preocupación y conmoción que el fenómeno de la violencia sexual –que incide mayormente en mujeres, adolescentes y niños- presenta como incontenible medio trasgresor de bienes jurídicos relevantes, de amplia presencia en los casos judiciales –que, por lo demás, registra una elevada cifra negra-, y que requiere evitar su impunidad y las perturbaciones que se originan en la configuración de protocolos, manuales, criterios de investigación, servicios periciales y de impartición de justicia. Al respecto, es vital asumir lo expuesto por la sentencia Gonzáles (Campo Algodonero) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 16 de noviembre de 2009 (pár. 502).

10°. Ahora bien, como apunta SUSANA GAMBA, la perspectiva de género, desde un marco teórico, con especial incidencia en la investigación, implica:

A. Reconocer las relaciones de poder que se dan entre los géneros, en general favorables a los varones [adultos] como grupo social, y discriminatorias para las mujeres [es de incluir niños y niñas].

B. Que dichas relaciones han sido constituidas social e históricamente y son constitutivas de las personas.

C. Que las mismas atraviesan todo el entramado social y se articulan con otras relaciones sociales, como las de clase, etnia, edad, preferencia sexual, etcétera [GAMBA, Susana: *¿Qué es la perspectiva de género y los estudios de género*? Artículo publicado en el "Diccionario de estudios de Género y Feminismo". Editorial Biblos 2008. http://www.nodo50.org/mujeresred/spip.php?article1395. Consultado el 6 de noviembre de 2011].

La violencia de género, enraizada en pautas culturales, en razón a un patrón androcéntrico, común a las diferentes culturas y sociedades, abarca como postula Naciones Unidas: **a)** la violencia (física, sexual y psicológica) producida en la familia, incluyéndose aquí no sólo los malos tratos sino también la violencia relacionada con la dota, la mutilación genital femenina o la violencia relacionada con la explotación; **b)** la violencia (física, sexual y psicológica) perpetrada dentro de la comunidad en general, incluyéndose aquí las agresiones sexuales, el acoso o la intimidación sexual

en el ámbito laboral, la trata de mujeres y la prostitución forzada: y, **c)** la violencia (física, sexual o psicológica) tolerada por el Estado –la más grave y la más difícil de solucionar- [OLGA FUENTES SORIANO: *El ordenamiento jurídico español ante la violencia de género*. http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/5651/1/ALT_10_09.pdf]. Consultado el 6 de noviembre de 2011].

Aspectos generales sobre los delitos contra la libertad sexual:

11°. En el Capítulo IX, del Título IV, del Código Penal se regulan las conductas sexuales prohibidas de violación, seducción y actos contrarios al pudor. Este Acuerdo Plenario pondrá especial énfasis al delito de violación sexual, y dada la naturaleza preferentemente procesal del mismo, incidirá en la vinculación de los elementos del tipo legal y las exigencias probatorias correspondientes.

12°. La norma sustantiva distingue los tipos penales de violación sexual con distinta gravedad en sus consecuencias y tratamiento, en función a si se protege la libertad sexual -reservada para personas mayores de edad que al momento de la ejecución de la conducta típica posea sus capacidades psíquicas en óptimas condiciones, fuera de un estado de inconsciencia y en posibilidad de resistir la agresión sexual- o la indemnidad sexual -contra personas que no pueden consentir jurídicamente, cuando el sujeto pasivo es incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental, o por su minoría de edad-.

13°. La conducta básica sanciona a aquél que *"con violencia o grave amenaza obliga a una persona a tener acceso carnal vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías..."*. Para DONNA *"... para que exista acceso carnal es indispensable, ante todo, que se haya introducido el miembro viril de una persona en la cavidad orgánica de otra, no interesando si esta introducción es completa o sólo a medias, bastan con que ella haya existido real y efectivamente"* [EDGARDO ALBERTO DONNA: *Derecho Penal - Parte Especial I*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000, p. 386*)*. La consumación se produce con la penetración, total o parcial, del miembro viril en la cavidad vaginal, bucal o anal sin que sea necesario ulteriores resultados, como eyaculaciones, ruptura del himen, lesiones o embarazo.

14°. Se tipifican también diferenciadamente como violación sexual, cuando la víctima se encuentre en estado alcohólico, drogado o inconsciente (artículo 171° CP), esté incapacitada mentalmente para acceder a participar en lo que legalmente se define como un acto sexual (artículo 172° del CP), o sea menor de edad (artículo 173° CP). Estas circunstancias tornan irrelevantes los medios típicos antes descritos, esto es, violencia o amenaza. Por vía jurisprudencial y a través de una interpretación integral del ordenamiento jurídico, se estimó que el consentimiento de la víctima mayor de catorce años de edad y menor de dieciocho, opera como una causa de justificación de la conducta.

15°. El bien jurídico en el Derecho Penal sexual no es una difusa moral sexual, la honestidad, las buenas costumbres o el honor sexual. Desde una perspectiva de la protección de bienes jurídicos relevantes, se considera que el bien tutelado en los atentados contra personas con capacidad de consentir jurídicamente es la libertad sexual, "*...entendida en sentido positivo-dinámico y en sentido negativo-pasivo; el primero se concreta en la capacidad de la persona de disponer libremente de su cuerpo para efectos sexuales, el cariz negativo-pasivo en la capacidad de negarse a ejecutar o tolerar actos sexuales en los que no desea intervenir*" [DINO CARLOS CARO CORIA: *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales,* Grijley, Lima. 2000. pp. 68-70].

Por lo demás, como se sostiene en la sentencia Fernández Ortega y otros de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 30 de agosto de 2010, siguiendo la sentencia Jean Paul Akeyasu de la Tribunal Penal Internacional para Ruanda del 2 de septiembre de 1998, la violación sexual persigue, entre otros, los fines de intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que la sufre (párr. 127).

16°. En los atentados contra personas que no pueden consentir jurídicamente, cuando el sujeto pasivo es incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental, o por su minoría de edad, lo protegido no es una inexistente libertad de disposición o abstención sexual sino la llamada *"intangibilidad"* o *"indemnidad sexual"*. Se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque exista tolerancia de la víctima, lo protegido son las condiciones físicas o psíquicas para el ejercicio sexual en libertad.

Identificación de los problemas objeto de análisis jurisprudencial:

17°. Los tópicos que en el presente Acuerdo merecen ser abordados son:

A. Determinar si en materia del delito de violación sexual previsto en el artículo 170° del Código Penal, constituye una dilucidación probatoria exclusiva y excluyente al objeto procesal la vinculada a la resistencia o no de la víctima - alrededor del acto sexual que fue doblegada por el agente-.

B. Establecer si en materia de prueba personal, los supuestos de retractación y no persistencia en las declaraciones ofrecidas por las víctimas de violación sexual debe necesariamente conllevar a un menoscabo de la confiabilidad de la sindicación primigenia; y

C. Precisar algunos alcances en el ámbito de la corroboración objetiva: prohibiciones y autorizaciones.

D. Evitación de una victimización secundaria.

Desarrollo del primer tema: irrelevancia de la resistencia de la víctima de agresión sexual:

18°. Atendiendo al bien jurídico protegido en el delito de violación sexual, esto es, la libre autodeterminación en el ámbito sexual, una buena parte de la doctrina nacional sostiene que, en estricto, lo que reprime este delito es un abuso sexual indeseado, no voluntario, no consentido. De ahí que según lo puntualizan autores como SALINAS SICCHA "... *para efectos de configuración del hecho punible, sólo bastará verificar la voluntad contraria de la víctima a practicar el acceso carnal sexual (...). La ausencia de consentimiento, la oposición del sujeto pasivo a la relación sexual buscada por el agente, se constituye en elemento trascendente del tipo penal (...). En consecuencia, así no se verifique actos de resistencia de parte del sujeto pasivo, se configura el ilícito penal siempre y cuando se acredite la falta de consentimiento de la víctima o desacuerdo de aquella con el acto sexual practicado abusivamente por el agente"* [RAMIRO SALINAS SICCHA: *Los Delitos de Carácter Sexual en el Código Penal Peruano,* 2da Edición, Jurista Editores EIRL, 2008, p. 41 y ss.). Esta falta de exigencia de resistencia de la víctima como un presupuesto material indispensable para la configuración del delito de violación sexual, encuentra explicación racional doble: de un lado, porque el tipo penal comprende la amenaza como medio comisivo

del delito; y, de otro, por la presencia de las circunstancias contextuales concretas que pueden hacer inútil una resistencia de la víctima.

19°. Respecto a la primera -la amenaza- *"...puede darse el caso que la víctima para evitar males mayores desista de efectuar actos de resistencia al contexto sexual no querido..."*. Esto es, *"...coexiste la amenaza que a mayor resistencia de parte de la víctima, mayor será la descarga de violencia que sufrirá"* [RAMIRO SALINAS SICCHA: *Ibidem*, p. 42]. Así también, CARO CORIA ha significado que *"...para la tipicidad del art. 170° del Código Penal es suficiente una amenaza o vis compulsiva que someta la voluntad de la víctima, en cuyo caso ni siquiera es de exigirse algún grado de resistencia"* [DINO CARLOS CARO CORIA, *Ibidem*, p. 101].

En cuanto a la segunda -circunstancia contextual-, *"...el momento de la fuerza no tiene por qué coincidir con la consumación del hecho, bastando que se haya aplicado de tal modo que doblegue la voluntad del sujeto pasivo, quien puede acceder a la cópula al considerar inútil cualquier resistencia"*.

20°. Lo señalado encuentra correspondencia con lo previsto en el ordenamiento jurídico sobre los factores invalidantes de una expresión de voluntad. Así, el artículo 215° del Código Civil precisa que *"hay intimidación cuando se inspira al (sujeto afectado) el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona, su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o en los bienes de unos y otros"*. El artículo 216° del citado Código agrega que *"para calificar la violencia o la intimidación debe atenderse a la edad, al sexo, la condición de la persona y a las demás circunstancias que puedan influir sobre su gravedad"*.

21°. El proceso penal incorpora pautas probatorias para configurar el delito de violación sexual. Una de estas es la referida a la correcta determinación del objeto procesal y lo que es materia a probar. Tal consideración condiciona el derrotero sobre el cual deberá discurrir la actividad probatoria, pertinente y útil, que permita arribar a la determinación de la autoría del hecho y a la aplicación de una consecuencia jurídico penal.

El delito se configura con la realización del agente del acto sexual indeseado, involuntario o no consentido, y que, por ende, no existe forma en que la resistencia de la víctima se erija en presupuesto material *sine qua non* para la configuración de este ilícito penal. En consecuencia, la constatación de si el agente doblegó o no la resistencia de la víctima de abuso sexual, en absoluto constituye objeto de dilucidación preponderante en el proceso, pues existen supuestos como el abuso sexual practicado con amenaza

grave coetánea a la consumación del acto, o se realizan bajo un contexto objetivamente intimidatorio anterior y contemporáneo a la consumación del abuso sexual.

De igual modo, se presentan cuando acontecen circunstancias de cautiverio, en contexto análogo, o dicho abuso es sistemático o continuado. Es decir, son casos en los cuales la víctima no explicita una resistencia u opta por el silencio, dada la manifiesta inutilidad de su resistencia para hacer desistir al agente, o asume tal inacción a fin de evitar un mal mayor para su integridad física.

Desarrollo del segundo tema: Declaración de la víctima:

22°. La Corte Suprema de Justicia ha tenido la oportunidad de pronunciarse en relación a dos tópicos vinculados al que es materia del presente Acuerdo (supuestos de retractación y no persistencia): **i)** Respecto a la validez de la declaración de los testigos hecha en la etapa de instrucción -y en la etapa policial sujeta a las exigencias legales pertinentes- a pesar de que éstos se retracten en la etapa del juzgamiento (ver Ejecutoria Vinculante emitida en el R.N. N° 3044-2004); y **ii)** Referente a los criterios de valoración que deben observarse en los supuestos de las declaraciones de agraviados (testigos víctimas). -véase Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116-.

23°. Se ha establecido anteriormente *-con carácter de precedente vinculante-* que al interior del proceso penal frente a dos o más declaraciones carentes de uniformidad o persistencia -en cuanto a los hechos incriminados- por parte de un mismo sujeto procesal: co-imputado, testigo víctima, testigo, es posible hacer prevalecer como confiable aquella con contenido de inculpación por sobre las otras de carácter exculpante. Dicho criterio encuentra particular y especial racionalidad precisamente en este ámbito de delitos sexuales en los que es común la existencia de una relación parental, de subordinación o de poder entre agente y víctima.

24°. La retracción como obstáculo al juicio de credibilidad se supera en la medida en que se trate de una víctima de un delito sexual cometido en el entorno familiar o entorno social próximo. En tanto en cuanto se verifique (i) la ausencia de incredibilidad subjetiva –que no existan razones de peso para pensar que prestó su declaración inculpatoria movidos por razones tales como la exculpación de terceros, la venganza, la obediencia, lo que obliga a atender a las características propias de la personalidad del declarante, fundamentalmente a su desarrollo y madurez mental-, y (ii) se presenten

datos objetivos que permitan una mínima corroboración periférica con datos de otra procedencia –la pluralidad de datos probatorios es una exigencia de una correcta y segura valoración probatoria, sin perjuicio de que la versión de la víctima (iii) no sea fantasiosa o increíble y que (iv) sea coherente- [MERCEDES FERNÁNDEZ LÓPEZ: *La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable*. En: http://www.uv.es/CEFD/15/fernandez.pdf. Consultado el 6 de noviembre de 2011].

A los efectos del requisito de (v) uniformidad y firmeza del testimonio inculpatorio, en los delios sexuales ha de flexibilizarse razonablemente. Ha de tenerse en cuenta que la excesiva extensión temporal de las investigaciones genera espacios evolutivos de sentimientos e ideas tras la denuncia, pues a la rabia y el desprecio que motivó la confesión de la víctima se contraponen sentimientos de culpa por denunciar a un familiar, o a una persona estimada. La experiencia dicta que no es infrecuente reproches contra la víctima por no cumplir con el mandato de mantener unido al grupo familiar, así como vivencias, en algunos casos, de las dificultades por las que atraviesa la madre para sostener económicamente a los miembros de la familia. Todo ello genera una sensación de remordimiento de la víctima por tales consecuencias, a lo que se suma, en otros casos, la presión ejercida sobre ésta por la familia y por el abusador, todo lo cual explica una retractación y, por tanto, una ausencia de uniformidad.

25°. Por tanto, en esta línea la persecución de los delitos sexuales escapa de la esfera privada. La voluntad familiar no puede impedir o limitar la intervención penal, pues las consecuencias de estos delitos trascienden dicho ámbito y su tratamiento es de autonomía pública. Lo propio ocurre si el agente es también cercano a la víctima por motivos de confianza –vecino-, o haber tenido una relación de autoridad -padrastro, profesor, instructor, etcétera-; o también por móvil de temor a represalias en caso de residencia próxima del agente respecto de la víctima.

26°. La validez de la retractación de la víctima está en función de las resultas tanto de una evaluación de carácter interna como externa. En cuanto a la primera, se trata de indagar: **a)** la solidez o debilidad de la declaración incriminatoria y la corroboración coetánea –en los términos expuestos- que exista; **b)** la coherencia interna y exhaustividad del nuevo relato y su capacidad corroborativa; y, **c)** la razonabilidad de la justificación de haber brindado una versión falsa, verificando la proporcionalidad entre el fin buscado *-venganza u odio-* y la acción de denunciar falsamente. Respecto

de la perspectiva externa, se ha de examinar: **d)** los probados contactos que haya tenido el procesado con la víctima o de su objetiva posibilidad, que permitan inferir que la víctima ha sido manipulada o influenciada para cambiar su verdadera versión; y, **e)** la intensidad de las consecuencias negativas generadas con la denuncia en el plano económico, afectivo y familiar. A estos efectos, el propio relato de la víctima se erige en la herramienta más sólida para advertir estos indicadores, al igual que la información que puedan proporcionar sus familiares cercanos.

27°. Cabe puntualizar, conforme lo establecido en el literal d) de la Regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, la credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo. El juicio de atendibilidad o credibilidad, por tanto, no puede sustentarse únicamente en la conducta de la víctima. Con razón ha señalado la Corte Constitucional Colombiana, en su Sentencia T-453/05, del dos de mayo de 2005: "*...de la experiencia sexual anterior de la víctima no es posible inferir el consentimiento a un acto sexual distinto y ajeno a los contextos y a las relaciones que en ella pudiere haber consentido a tener contacto sexual con personas diferentes al acusado*".

Por otro lado, en reglas que se explican por sí solas, cuya legitimidad fluye de lo anteriormente expuesto, es del caso insistir en la aplicación de los literales a) al c) de la Regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional. Son las siguientes:

A. El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre.

B. El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre.

C. El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual.

La prueba en el Derecho Penal Sexual:

28°. El Juez es soberano en la apreciación de la prueba. Ésta, empero, no puede llevarse a cabo sin limitación ni control alguno. Sobre la base de una actividad probatoria concreta -nadie puede ser condenado sin pruebas y

que éstas sean de cargo-, y jurídicamente correcta -las pruebas han de ser practicadas con todas y cada una de las garantías que le son propias y legalmente exigibles-, se ha de llevar a cabo con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia -determinadas desde parámetros objetivos- y los conocimientos científicos; es decir, a partir de la sana crítica, razonándola debidamente (principio de libre valoración con pleno respeto de la garantía genérica de presunción de inocencia: artículos VIII TP, 158°.1 y 393°.2 NCPP).

29°. La selección y admisión de la prueba en el proceso penal se informa del principio de pertinencia de la prueba –de expresa relevancia convencional-, así como los principios de necesidad –que rechaza la prueba sobreabundante o redundante-, conducencia o idoneidad, y utilidad o relevancia. El primero exige la vinculación lógico-jurídica entre el objeto de prueba y el medio de prueba. Tal circunstancia no cambia para el caso del procesamiento de delitos sexuales, donde es en función de las particularidades situacionales del hecho sexual que se distingue, escoge y prefiere entre los distintos medios de prueba que se tienen al alcance para determinar, confirmar o rechazar la tesis inculpatoria objeto de prueba.

30°. La recolección de los medios de prueba en el caso de delitos sexuales no constituye una selección acostumbrada, uniforme y cotidiana aplicada por igual a todos los casos de agresión sexual, menos aún su valoración. Atento al principio de pertinencia, el medio de prueba debe guardar estrecha relación con la materia que se quiere dilucidar, distinguiéndose: **a)** por el grado de ejecución: la de un hecho tentado o consumado; **b)** por el objeto empleado para la penetración: miembro viril o un objeto análogo; **c)** la zona corporal ultrajada: vaginal, anal o bucal; **d)** por la intensidad de la conducta: penetración total o parcial; **e)** por el medio coaccionante empleado: violencia física, violencia moral o grave amenaza; **f)** por las condiciones personales de la víctima: mayor de edad, menor de edad, aquella que no pudo consentir jurídicamente, el incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental.

31°. El Juez atenderá, en concreto, las particularidades de cada caso para establecer la relevancia de la prueba como consecuencia de la declaración de la víctima o testigo, y la adecuará a la forma y circunstancias en que se produjo la agresión sexual (unida a su necesidad –aptitud para configurar el resultado del proceso- y a su idoneidad –que la ley permite probar con

el medio de prueba el hecho por probar-). A manera de ejemplo, si para el acceso carnal medió únicamente grave amenaza -en cuyo caso ni siquiera requiere algún grado de resistencia- no es exigible que el examen médico arroje lesiones paragenitales que evidencien resistencia física por parte de la víctima. Se ha de acudir a otros medios de corroboración, tal es el caso de la pericia psicológica, u otras que se adecuen a las peculiaridades del hecho objeto de imputación.

32º. Las variadas combinaciones que la multiplicidad de conductas reguladas puede arrojar y aplicarse en la *praxis* a un supuesto determinado de la realidad exige al Juzgador valerse de los distintos medios de prueba actuados en la causa que por su naturaleza puedan corroborar una incriminación. Así la problemática que advierte respecto a la indebida valoración de la pericia médico legal que no consigna lesiones paragenitales y/o himeneales, se despeja sin más a través de una atenta aplicación del principio de idoneidad de la prueba penal en relación a las circunstancias y medios empleados por el agresor para conseguir el quiebre de la voluntad de la víctima. Si los medios delictivos consisten en la amenaza, la penetración vaginal fue incompleta, o la agresión sexual radicó en la práctica genitalica-bucal, resulta absurdo admitir a trámite la referida prueba técnica, actuarla y, menos, valorarla. Será la declaración de la víctima la que, finalmente oriente la dirección de la prueba corroborativa. De este modo, se desmitifica la prueba médico forense como una prueba de actuación obligatoria ante la sola mención del tipo legal imputado.

33º. Lo expuesto no importa disminuir el alcance probatorio de la pericia médico-legal, sino identificar el contexto en la que sus conclusiones adquieren real vinculación y potencialidad con la acción delictiva objeto de imputación. Dicha prueba pericial será trascendente cuando se atribuya -usualmente por parte de la propia víctima- el empleo de agresión física, penetración violenta o sangrado producto de los hechos, las que de no evidenciarse, pese a la inmediatez de la actuación de la pericia, será relevante para debilitar el alcance de la declaración de la víctima o considerar la ausencia de corroboración.

34º. El principio de pertinencia y el derecho constitucional de la víctima a que se proteja su derecho a la intimidad transforman las pruebas solicitadas para indagar respecto a su comportamiento sexual o social, anterior o posterior al evento criminal acaecido, en pruebas constitucionalmente inadmisibles, cuando impliquen una intromisión irrazonable, innecesaria

y desproporcionada en su vida íntima. Éste sería el caso cuando se indaga genéricamente sobre el comportamiento sexual o social de la víctima, previo o posterior a los hechos objeto de investigación o enjuiciamiento –esta es la base de la regla 71 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional-. Por el contrario, ningún reparo se advierte en los actos de demostración y de verificación de las circunstancias en que se realizó la agresión sexual imputada.

35º. La regla expuesta, en clave de ponderación, está limitada por la garantía genérica de defensa procesal y en el principio de contradicción. Frente a un conflicto entre ambos derechos fundamentales y garantías constitucionales, para proceder a la indagación íntima de la víctima, en principio prohibida (Regla 71 ya citada), deberá identificarse una vinculación lógica entre la prueba indagatoria restrictiva de la vida íntima y la tesis defensiva correspondiente, por lo que dicho examen sólo cabría si ***(i)*** tal indagación está dirigida a demostrar que el autor del ilícito es otra persona y no el procesado; ***(ii)*** o si como, consecuencia de impedir esa indagación, se vulnera gravemente la garantía de defensa del imputado. Por ejemplo, cuando éste trate de acreditar anteriores o posteriores contactos sexuales con la víctima que acrediten de ese modo el consentimiento del acto.

A estos efectos, deberá superarse, además, el *test de proporcionalidad* que finalmente justifique la idoneidad de la prueba indagatoria al objeto de la prueba en prevalencia del derecho de defensa del imputado. Este test exige, en primer lugar, analizar el fin buscado para ver si es imperioso para la defensa; en segundo lugar, examinar si el medio para llegar a dicho fin es legítimo; y, en tercer lugar, estudiar la relación entre el medio y el fin aplicando un juicio de necesidad. Luego, de ser razonable a la luz de estos pasos, se aplicará el juicio de proporcionalidad en sentido estricto para determinar si el grado de afectación del derecho a la intimidad es desproporcionado [Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-453/05, del dos de mayo de 2005].

36º. Estas previsiones jurisprudenciales persiguen evitar innecesarios cuestionamientos de la idoneidad moral de la víctima, los cuales legitimarían una gama de prejuicios de género, orientados a rechazar la imputación penal con base a su comportamiento sexual. Tales cuestionamientos son innecesarios y conllevan una irrazonable intromisión en la vida íntima de la víctima sin que aporte ningún elemento probatorio de lo sucedido en la relación entre víctima y acusado.

Evitación de la Estigmatización secundaria[150]:

37°. El Estado ha de mostrar una función tuitiva respecto a la víctima que denuncia una agresión sexual, como criterio de justicia y por fines de eficacia probatoria. La victimización secundaria hace referencia a la mala o inadecuada atención que recibe una víctima por parte del sistema penal, e instituciones de salud, policía, entre otros. La revictimización también incluye la mala intervención psicológica terapéutica o médica que brindan profesionales mal entrenados para atender situaciones que revisten características particulares. La víctima de una agresión sexual sufre por el propio hecho en sí; y por la dolorosa experiencia de repetir el suceso vivido a los profesionales de las diferentes instituciones sucesivamente: familia, pediatra, trabajadora social, médico forense, policía, psicólogo, juez, abogado del acusado. En efecto, el trauma de la víctima del abuso sexual se prolonga cuando debe enfrentarse a los interrogatorios que contempla el sistema de justicia.

38°. A efectos de evitar la victimización secundaria, en especial de los menores de edad, mermando las aflicciones de quien es pasible de abuso sexual, se debe tener en cuenta las siguientes reglas: **a)** Reserva de las actuaciones judiciales; **b)** Preservación de la identidad de la víctima; **c)** Promover y fomentar la actuación de única declaración de la víctima. Esta regla es obligatoria en el caso de menores de edad, valiéndose para ello de las directivas establecidas por el Ministerio Público en la utilización de la Cámara Gesell, especialmente respecto a la completitud, exhaustividad y contradicción de la declaración.

En lo posible tal técnica de investigación deberá estar precedida de las condiciones que regula la prueba anticipada del artículo 242°.1.a) del Código Procesal Penal 2004 y siguientes. La irrepetibilidad o indisponibilidad en su actuación radica en el retraso de la misma hasta el juicio oral, dada la corta edad de los testigos y las inevitables modificaciones de su estado psicológico, así como un eventual proceso de represión psicológica. Su registro por medio audiovisual es obligatorio.

---

[150] La victimización primaria se produce como consecuencia directa del crimen (en este caso, sexual). La victimización secundaria viene constituida por los sufrimientos de las víctimas que con motivo de la investigación del caso y corroboración de las afirmaciones infieran las instituciones, criminólogos, funcionarios de instituciones penitenciarias, entre otros. La victimización terciaria es aquella que infringe la sociedad.

De modo tal que, si a ello se agrega la nota de urgencia –que autoriza a las autoridades penales distintas del Juez del Juicio para su actuación (artículos 171°.3 y 337°.3.a NCPP)- de no existir cuestionamientos relevantes a la práctica probatoria, sea posible su incorporación al juicio a través de su visualización y debate. Excepcionalmente, el Juez Penal, en la medida que así lo decida podrá disponer la realización de un examen a la víctima en juicio cuando estime que tal declaración o exploración pre procesal de la víctima: **a)** no se ha llevado conforme a las exigencias formales mínimas que garanticen su derecho de defensa; **b)** resulte incompleta o deficiente; **c)** lo solicite la propia víctima o cuando ésta se haya retractado por escrito; **d)** ante lo expuesto por el imputado y/o la declaración de otros testigos sea de rigor convocar a la víctima para que incorpore nueva información o aclare sectores oscuros o ambiguos de su versión; **e)** evitarse el contacto entre víctima y procesado, salvo que el proceso penal lo requiera." (Sic.)

215

§215. Valor probatorio de la pericia no ratificada

Acuerdo Plenario	2-2007/CJ-116
Fecha	16 de noviembre del 2007
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	Salas Gamboa, Sivina Hurtado, San Martín Castro, Villa Stein, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Lecaros Cornejo, Valdez Roca, Molina Ordóñez, Príncipe Trujillo, Santos Peña, Calderón Castillo, Rojas Maraví y Urbina Ganvini.
Disposiciones Estudiadas	Art. 259º del ACPP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	8º y 9º.

RESUMEN:

Es razonable excepcionar la obligatoriedad del examen pericial realizado en sede de instrucción ***cuando el dictamen o informe pericial no requiera de verificaciones de fiabilidad adicionales o cuando su contenido esté integrado por aportes técnicos consolidados****. Pese a ello, se procederá con la pérdida de eficacia probatoria autónoma de la pericia en dos supuestos:* ***a)*** *si las partes lo solicitan; y,* ***b)*** *si es requerida la concurrencia de los peritos y éstos no concurren por cualquier motivo.*

FUNDAMENTOS:

"**6º.** El Título VI "Peritos" del Libro Segundo "De la Instrucción" del Código de Procedimientos Penales regula, entre otros aspectos, el nombramiento, número, plazo y emisión del dictamen o informe pericial, así como la entrega del citado dictamen o informe y el examen de los peritos por el Juez Penal. Esa diligencia sumarial –el examen pericial-, según el artículo

168° del citado Código, es obligatoria para el Juez y su realización debe cumplir con el principio de contradicción, a cuyo efecto debe citarse a las partes, cuya concurrencia es facultativa.

El Título III "Audiencias" del Libro Tercero "Del Juicio" de la Ley Procesal Penal prevé la concurrencia de peritos al acto oral. El artículo 259° del citado Estatuto dispone que los peritos, cuando se les cite, serán examinados por las partes procesales y el Tribunal, sin perjuicio de que los dictámenes periciales –presentados en la instrucción o en la audiencia- se lean obligatoriamente.

7°. Es evidente que la prueba pericial es de carácter compleja; y, más allá de los actos previos de designación de los peritos [que no será del caso cuando se trata de instituciones oficiales dedicadas a esos fines, como la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional, el Instituto de Medicina Legal, la Contraloría General de la República –cuando emite los denominados 'Informes Especiales'-, que gozan de una *presunción iuris tantum* de imparcialidad, objetividad y solvencia], consta de tres elementos: **a)** el reconocimiento pericial (reconocimientos, estudios u operaciones técnicas, esto es, las actividades especializadas que realizan los peritos sobre el objeto peritado), **b)** el dictamen o informe pericial –que es la declaración técnica en estricto sentido-, y **c)** el examen pericial propiamente dicho. A ellos, de uno u otro modo, se refiere el Código de Procedimientos Penales tanto al regular la instrucción como al normar el juicio oral.

8°. La obligatoriedad del examen pericial en caso de pericias preprocesales o realizadas en sede de instrucción surge del artículo 259° del Código de Procedimientos Penales. Si bien esa es la regla general en materia pericial, que concreta el principio de contradicción –y cuando se hace en el acto oral, que es su sede natural, adicionalmente cumple los principios de inmediación y publicidad-, es razonable excepcionarlo sin mengua del contenido esencial de dichos principios cuando el dictamen o informe pericial –que siempre debe leerse y debatirse en el acto oral- no requiere de verificaciones de fiabilidad adicionales o cuando su contenido está integrado por aportes técnicos consolidados que no sólo se basan en hechos apoyados exclusivamente por la percepción de una persona –primacía del aspecto técnico sobre el fáctico perceptivo-, con lo que el derecho de defensa no se desnaturaliza ni se lesionan los principios de inmediación, contradicción y oralidad. En esos casos, sencillamente,

el examen pericial, como toda prueba con un aspecto relevantemente documental, ***no es condición ineludible de la pericia como medio de prueba válido, valorable por el juez del juicio***. En consecuencia, su no actuación no es causal de nulidad de la sentencia –la obligatoriedad a que hace referencia la ley procesal no la ata a la nulidad de la pericia en caso de incumplimiento- ni de exclusión de la pericia como medio de prueba.

9°. Lo expuesto precedentemente ***no significa que las partes no tienen derecho a solicitar la presencia de los peritos*** para el examen correspondiente. Sólo se tiene en cuenta ***1)*** Las características de la prueba pericial –con especial referencia cuando se trata de pericias institucionales o emitidas por órganos oficiales; ***2)*** Que los principios han de acomodarse a la realidad social –la presencia ineludible de los peritos que la elaboran impediría la eficacia de la función pericial de esos organismos pues se dedicarían a concurrir a cuanto órgano judicial los cite con mengua efectiva a su labor de auxilio a la justicia-, ello sin perjuicio de reconocer que la actividad impugnativa de la defensa puede cuestionar o atacar el aspecto fáctico –falsedad- o el aspecto técnico –inexactitud- del informe pericial. Para lo primero, sin duda, es indispensable la concurrencia de los peritos, pero para lo segundo, basta el análisis integral del dictamen pericial y, en su caso, su refutación mediante pericia de parte.

Si las partes no interesan la realización del examen pericial o no cuestionan el dictamen pericial, expresa o tácitamente –lo que presupone el previo conocimiento del dictamen y acceso a sus fuentes- es obvio que su no realización en nada afecta el derecho a la prueba ni los principios que la rigen. Por el contrario, si las partes lo solicitan o requerida la concurrencia de los peritos y éstos –por cualquier motivo- no concurren, el análisis de la eficacia procesal del informe pericial estará dado por las características del cuestionamiento formulado, la necesidad objetiva del examen pericial solicitado y los recaudos de la causa. En estos casos, la regla será la pérdida de eficacia probatoria autónoma de la pericia, a menos que las objeciones de las partes –debidamente explicitadas- carezcan por entero de entidad, por ser genéricas o formularias, o por ser tardías o extemporáneas"

216

§216. Valoración de las declaraciones del coimputado, testigo y agraviado

Acuerdo Plenario	2-2005/CJ-116
Fecha	30 de setiembre de 2005
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	San Martín Castro y Lecaros Cornejo.
Jueces Supremos	Sivina Hurtado, Gonzáles Campos, San Martín Castro, Palacios Villar, Lecaros Cornejo, Balcazar Zelada, Molina Ordóñez, Barrientos Peña, Vega Vega y Príncipe Trujillo.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 2º-24, d) de la Const., y 283º del ACPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	9º, 10º y 11º.

RESUMEN:

Cuando la nueva ley disminuye el marco legal abstracto con que se conmina la infracción penal objeto de condena firme, el efecto en la pena impuesta con arreglo a la ley anterior es que ésta debe ser sustituida. Por tanto, si se impuso el máximo o el mínimo legal con arreglo a la ley anterior, la nueva pena sustituida debe, igualmente, imponer el máximo o el mínimo legal establecida en la nueva ley. De forma análoga, si se impuso una pena inferior al mínimo legal estipulado en la ley anterior la nueva pena debe, imponer una pena inferior al mínimo legal establecida en la nueva ley.

FUNDAMENTOS:

"**6º.** Dos son las normas que rigen los fundamentos y criterios de valoración de la prueba penal. En primer lugar, el artículo 2º numeral 24 literal d) de la Constitución, que consagra la presunción de inocencia; y, en segundo lugar, el artículo 283º del Código de Procedimientos Penales, que dispone que los hechos y las pruebas que los abonen serán apreciados

por los jueces con criterio de conciencia. Ambas deben ser aplicadas, bajo la preeminencia del derecho a la presunción de inocencia.

Si bien el Juez o la Sala sentenciadora son soberanos en la apreciación de la prueba, ésta no puede llevarse a cabo sin limitación alguna, sino que sobre la base de una actividad probatoria concreta -nadie puede ser condenado sin pruebas y que éstas sean de cargo-, jurídicamente correcta -las pruebas han de ser practicadas con todas y cada una de las garantías que le son propias y legalmente exigibles-, se ha de llevar a cabo con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia -determinadas desde parámetros objetivos- o de la sana crítica, razonándola debidamente.

7º. La libre apreciación razonada de la prueba, que es el sustento del artículo 283º del Código de Procedimientos Penales, reconoce al juez la potestad de otorgar él mismo el valor correspondiente a las pruebas, sin directivas legales que lo predeterminen. Desde esa perspectiva es de afirmar que el derecho a la presunción de inocencia exige sobre el particular que las pruebas de cargo, que justifiquen una condena, además deben ser suficientes. El canon de suficiencia de la prueba -de la idoneidad de la prueba de cargo para fundamentar la incriminación del imputado-, sobre la base de la apreciación lógica realizada por el juez, en casos particularmente sensibles referidos a las declaraciones de los coimputados y de los agraviados -en los que por la posición especial de dichos sujetos en el proceso, por su relación con el objeto del proceso: el hecho punible-, debe cumplirse a partir de la configuración razonable de determinadas reglas o criterios de valoración, que es del caso enunciar para asegurar la vigencia de las garantías de un proceso penal constitucionalmente configurado. Se trata, en suma, de criterios que permitan trasladar las exigencias de racionalidad a la ponderación de la prueba por el órgano jurisdiccional en un caso concreto.

8º. Cuando declara un coimputado sobre un hecho de otro coimputado, y que a la vez se trata de hechos propios ya que ellos mismos los han cometido conjuntamente, por lo que su condición no es asimilable a la del testigo, aun cuando es de reconocer que tal testimonio puede ser utilizado para formar la convicción judicial -no existe por ese hecho descalificación procedimental-, corresponde valorar varias circunstancias, que se erigen en criterios de credibilidad -no de mera legalidad-, y que apuntan a determinar si existen datos relevantes que las desnaturalizan situaciones que explicarían que el coimputado pudiese mentir. Las cautelas que ha

de tomarse en cuenta resultan del hecho que el coimputado no tiene obligación de decir la verdad, no se le toma juramento y declara sin el riesgo de ser sancionado, sin la amenaza de las penas que incriminan el falso testimonio.

9º. Las circunstancias que han de valorarse son las siguientes:

a) Desde la perspectiva subjetiva, ha de analizarse la personalidad del coimputado, en especial sus relaciones con el afectado por su testimonio. También es del caso examinar las posibles motivaciones de su delación, que éstas no sean turbias o espurias: venganza, odio, revanchismo, deseo de obtener beneficios de cualquier tipo, incluso judiciales, que por su entidad están en condiciones de restarle fuerte dosis de credibilidad.

Asimismo, se tendrá del cuidado de advertir si la finalidad de la declaración no sea, a su vez, exculpatoria de la propia responsabilidad.

b) Desde la perspectiva objetiva, se requiere que el relato incriminador esté mínimamente corroborado por otras acreditaciones indiciarias en contra del sindicado que incorporen algún hecho, dato o circunstancia externa, aún de carácter periférico, que consolide su contenido incriminador.

c) Asimismo, debe observarse la coherencia y solidez del relato del coimputado; y, de ser el caso, aunque sin el carácter de una regla que no admita matizaciones, la persistencia de sus afirmaciones en el curso del proceso. El cambio de versión del coimputado no necesariamente la inhabilita para su apreciación judicial, y en la medida en que el conjunto de las declaraciones del mismo coimputado se hayan sometido a debate y análisis, el juzgador puede optar por la que considere adecuada.

10º. Tratándose de las declaraciones de un agraviado, aun cuando sea el único testigo de los hechos, al no regir el antiguo principio jurídico *testis unus testis nullus*, tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Las garantías de certeza serían las siguientes:

a) Ausencia de incredibilidad subjetiva. Es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos,

enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza.

b) Verosimilitud, que no sólo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria.

c) Persistencia en la incriminación, con las matizaciones que se señalan en el literal c) del párrafo anterior.

11°. Los requisitos expuestos, como se ha anotado, deben apreciarse con el rigor que corresponde. Se trata, sin duda, de una cuestión valorativa que incumbe al órgano jurisdiccional. Corresponde al Juez o Sala Penal analizarlos ponderadamente, sin que se trate de reglas rígidas sin posibilidad de matizar o adaptar al caso concreto."

217

§217. Reglas para la admisión de prueba testimonial ya rendida en juicio de primera instancia

Casación	854-2015-ICA
Fecha	23 de noviembre de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Rodríguez Tineo.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Arts. 422° del NCPP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	15°

RESUMEN:

Atendiendo a la doctrina nacional y extranjera, así como a la jurisprudencia nacional y el derecho comparado, las notas que autorizan la admisión de prueba testimonial ya rendida en el juicio de primera instancia son, copulativamente: ***i)*** *La presencia de un defecto grave de práctica o valoración de la prueba personal en primera instancia.* ***ii)*** *Que la información brindada por el testigo pueda variar la decisión del a quo. Por la importancia de estas vulneraciones y de la información contenida se puede ingresar este material probatorio sin afectar los principios de inmediación, contradicción, derecho de defensa y plazo razonable.*

FUNDAMENTOS:

CONSIDERANDO

1. *Aspectos generales*

PRIMERO. Se imputa al acusado que el 27 de mayo de 2013, a las 16.30 horas, aproximadamente, aprovechando su condición de Director de la Institución Educativa Teodosio Franco García de Ica, hizo ingresar a la menor agraviada a su oficina, ante la necesidad de ella de retirarse de las instalaciones educativas por encontrarse delicada de salud. Luego de conversar por un breve lapso, procedió a cogerla de las mejillas y darle un beso en la boca a la fue seguidamente, le agarró las nalgas, alzándole la falda con tal finalidad, tocándole las piernas y besarla nuevamente, metiendo su lengua. Le prometió regalarle zapatos y ropa por su cumpleaños y le entregó veinte nuevos soles, que lo colocó en el bolsillo de su blusa presionando con fuerza su seno izquierdo.

SEGUNDO. El recurrente en su escrito de casación sostiene que la interposición de su recurso es por la causal 1 del artículo 429 del Código Procesal Penal. Argumenta que el 22 de mayo de 2015 solicitó a la Sala de Apelaciones cite a los testigos Alex Javier Pillaca Castillo, Nora Mercedes Ardiles Marquez y Juan Ramos García a fin que rindan sus declaraciones en juicio, pues estos dan cuenta de graves contradicciones en el relato de la menor, pese a ello, no se admitieron. En dicho sentido, sustenta la causal prevista en el numeral 4 del artículo 427 del referido Código. Al respecto sostiene que resulta necesario que la Corte Suprema emita pronunciamiento sobre la evaluación que debe efectuar el Tribunal Superior, dentro de la facultad con la que cuenta, para citar a los testigos [que declararon en primera instancia] al juicio de apelación, de cara a las exigencias requeridas por el numeral cinco del artículo cuatrocientos veintidós del Código Procesal Penal, esto es, de inmediación y contradicción. Asimismo, determinar la relevancia de dicha concurrencia a efectos de sustentar el juicio de hecho; así como su implicancia con el derecho a la prueba y de defensa, todas estas garantías constitucionales de carácter procesal recogidas en el inciso uno del artículo cuatrocientos veintinueve del citado Código.

TERCERO. No obstante, la defensa no recurrió la resolución del veintidós de junio de 2015, que le causa directamente agravio, al ser inimpugnable, de conformidad con el inciso 4 del artículo 422 del Código Procesal Penal; recurrió la sentencia que tiene como antecedente aquella resolución y que le causa agravio.

2. *Recurso de apelación y prueba en segunda instancia*

CUARTO. En la teoría de los recursos, al analizar los poderes del Tribunal de Alzada, se toma como referencia dos sistemas de apelación: el limitado y el amplio.

QUINTO. En el primero, el recurso no es autónomo de la primera instancia, sino complementario, en la medida que el órgano que conoce en segunda instancia se limita a efectuar un control meramente negativo, en el que no se formula nuevas declaraciones.[151] En consecuencia, la admisión de pruebas en segunda instancia es total, el material instructorio es idéntico en ambas fases, sin posibilidad que las partes puedan deducir nuevas excepciones y nuevos medios de ataque y defensa, ni hechos o pruebas que no hayan sido deducidos en primera instancia[152].

SEXTO. En el sistema pleno la nueva fase es entendida como una continuación del primer proceso (novum iudicium), en el que existirá un nuevo pronunciamiento, autónomo, sobre el fondo del asunto[153].

SÉPTIMO. Nuestro Código Procesal Penal ha tomado características de ambos, posee un sistema de apelación mixto[154], en consecuencia, solo se admitirán algunos medios de pruebas que cumplan los siguientes requisitos: i) No se pudieron proponer en primera instancia por desconocimiento de su existencia. ii) Fueron indebidamente denegados, siempre que el recurrente hubiera formulado en su momento la oportuna reserva. iii) Admitidos que no fueron practicados por causas no imputables a él. Estos supuestos son similares a los concebidos en el artículo setecientos noventa y cinco de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y tienen por objeto posibilitar la práctica de la prueba, no sólo para corregir irregularidades probatorias de la primera instancia -quebrantamiento de normas cuya infracción

---

[151] DOIG DÍAZ, Yolanda. "El Sistema de recursos en el proceso penal peruano: hacia la generalización de la doble instancia y la instauración de la casación". En: Anuario de Derecho Penal: la reforma del proceso penal peruano, Fondo editorial de la Pontifi cia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004, p. 202

[152] NEYRA FLORES, José Antonio. Manual del nuevo proceso penal & litigación oral. Idemsa, Lima, 2010, p. 386.

[153] DOIG DÍAZ, Yolanda. "El Sistema de recursos en el proceso penal peruano: hacia la generalización de la doble instancia y la instauración de la casación". Ob. Cit., p. 201

[154] Vide: DOIG DÍAZ, Yolanda. "El recurso de apelación contra sentencias" En: CUBAS VILLANUEVA, Víctor y otros. El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales. Palestra Editores, Lima, 2005, p. 555.

se permite subsanar en la segunda-, sino también, aprovechando la continuación del proceso, para excepcionar limitadamente las preclusiones allí producidas[155].

OCTAVO. En nuestra jurisprudencia se ha señalado que estas limitaciones tienen que ver con el respeto al principio de inmediación, así el control que en segunda instancia se hace es de derecho y de lo lógico y razonado de las decisiones que se han hecho en primera instancia, como lo señala la sentencia de Casación número 03-2007-Huaura, del 07 de noviembre de 2007, que indica que "corresponde a los Tribunales de Mérito –de primera instancia y de apelación- la valoración de la prueba, de suerte que únicamente está reservado a este Tribunal de Casación apreciar si de lo actuado en primera y segunda instancia, en atención a lo expuesto en el fallo de vista, la existencia de un auténtico vacío probatorio. El relato fáctico que el Tribunal de Primera Instancia asume como hecho probado, no siempre es inconmovible, pues: a) puede ser entendido o apreciado con manifiesto error o de modo radicalmente inexacto –el testigo no dice lo que menciona el fallo–; b) puede ser oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio en sí mismo; o, c) ha podido ser desvirtuado por pruebas practicadas en segunda instancia".

La repetición de prueba de testigos en segunda instancia

NOVENO. Una excepción a este carácter limitado o restringido de la apelación es la establecida en el apartado 5 del artículo 422 del Código Procesal Penal, que señala: "también serán citados aquellos testigos -incluidos los agraviados- que han declarado en primera instancia, siempre que la Sala por exigencias de inmediación y contradicción considere indispensable su concurrencia para sustentar el juicio de hecho de la sentencia, a menos que las partes no hayan insistido en su presencia, en cuyo caso se estará a lo que aparece trascrito en el acta del juicio".

DÉCIMO. Calderón Cuadrado[156] hace una reseña de esta posibilidad de repetición en el derecho europeo, indica que el § 323 (2 y 3) de la *Strafprozessordnung* (StPO), además de admitir en la vista del recurso nuevos medios de prueba, dispone que podrá prescindirse de la citación de testigos interrogados en la primera instancia y de los peritos, solo cuando la repetición de su interrogatorio

---

155 CALDERÓN CUADRADO, María Pía. La prueba en el recurso de apelación penal (aplicación jurisprudencial en el proceso abreviado y en el juicio de faltas). Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 82.

156 Ibídem, pp. 116 y 117

no pareciera necesaria para el esclarecimiento de la causa. En Italia el artículo 603 del CPP establece que los litigantes pueden pedir la repetición de pruebas ya practicadas en la instancia o la realización de nuevas pruebas decidiendo el juez en función de su convencimiento sobre el estado de los hechos.

DÉCIMO PRIMERO. Sin embargo, nuestro sistema es más limitado, por lo que, no obstante lo dispuesto por la norma, se debe de tener cuidado, pues se podría desnaturalizar el recurso de apelación al no depurar el ingreso de prueba ya actuada a la audiencia de apelación, así como conculcar el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas[157].

DÉCIMO SEGUNDO. En ese sentido, no podría repetirse la prueba testimonial desarrollada en primera instancia, solo por la insatisfacción que produzca al litigante un determinado resultado probatorio[158], pues se deben tener razones estrictamente fundamentadas para ello.

DÉCIMO TERCERO. Para Miranda Estrampes[159] no parece desacertado que en determinados supuestos quem de las pruebas practicadas en primera instancia [...] en aquellos casos en que el recurrente lo solicitara, especialmente cuando la apelación se fundamenta en la impugnación del convencimiento judicial resultante de la apreciación de uno o varios medios de prueba concretos (por ejemplo cuando se denuncia la falta de credibilidad del testigo).

DÉCIMO CUARTO. La Sala Penal Permanente en el recurso de apelación N° 02-2009-La Libertad, seguido contra altos funcionarios, emitió la resolución del veintiséis de junio de dos mil diez, en el que señala que se aplicará este artículo cuando las declaraciones de los testigos, incluidos los agraviados, adolezcan de sensibles defectos legales o déficit de información que impide el necesario esclarecimiento de los hechos objeto del debate. Es de tener en claro que el principio rector de la apelación penal contra sentencias definitivas es sólo permitir la actuación de nuevas pruebas desde una perspectiva de complementación del

---

157 MONTÓN GARCÍA, M. Lidón. La prueba en el recurso de casación penal por quebrantamiento de forma (su evolución en la doctrina del Tribunal Supremo: 1882-1997). Tesis doctoral inédita, p. 132. Citado por 312, CALDERÓN CUADRADO, María Pía. Ob. cit., p. 116; y, Sánchez Córdova, Juan H. "El recurso de apelación. Problemas de aplicación derivados de las reforma procesal penal". En: AA. VV. Medios impugnatorios. Problemas de aplicación del Código Procesal Penal de 2004. Gaceta Jurídica, Lima, 2011.

158 CALDERÓN CUADRADO, María Pía. Ob. cit., p. 115

159 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La mínima actividad probatoria en el proceso penal. Barcelona, 1997, p. 635.

material probatorio en orden a la corrección de irregularidades probatorias de la primera instancia y a superar, limitadamente, las preclusiones allí producidas.

DÉCIMO QUINTO. En ese orden de ideas, atendiendo a la doctrina nacional y extranjera, así como a la jurisprudencia nacional y el derecho comparado, las notas que autorizan la admisión de prueba testimonial ya rendida en el juicio de primera instancia son, copulativamente: i) La presencia de un defecto grave de práctica o valoración de la prueba personal en primera instancia. ii) Que la información brindada por el testigo pueda variar la decisión del a quo. Por la importancia de estas vulneraciones y de la información contenida se puede ingresar este material probatorio sin afectar los principios de inmediación, contradicción, derecho de defensa y plazo razonable.

218

§218. Pertinencia de la prueba científica de ADN

Casación	292-2014 – ANCASH
Fecha	27 de mayo de 2015
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodrígues Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 173° del CP, Arts. 427° inc. 1 y 429° inc. 1 y 4 del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	3.3.4°, 3.3.5° y 3.3.6°.

RESUMEN:

Cuando en el proceso se presenta una prueba científica de ADN que guarde una relación directa con el hecho principal que se pretende probar, ésta debe actuarse en sede de instancia y en tiempo oportuno, así como efectuar su valoración previa a la emisión de sentencia. El juzgador no puede sentenciar si no se ha efectuado la actuación probatoria de dicha evidencia científica.

No se puede condenar a un imputado de violación sexual si es que no ha actuado una prueba de ADN. Esto es así cuando dicho medio probatorio tiene vinculación directa con el caso y su actuación sea imprescindible para determinar la imputación y la responsabilidad penal del procesado.

FUNDAMENTOS:

3.3.4: Cuando en el proceso se presenta una prueba científica de ADN que guarde una relación directa con el hecho principal que se pretende probar, ésta debe actuarse en sede de instancia y en tiempo oportuno, así como efectuar su valoración previa a la emisión de sentencia. El juzgador no puede sentenciar si no

se ha efectuado la actuación probatoria de dicha evidencia científica. Lo contrario afectaría el derecho a la prueba que es consustancial al principio de inocencia.

3.3.5: La aplicación forense de la prueba de ADN, se da en la investigación biológica de la paternidad, en la resolución de problemas de identificación y la investigación de indicios en criminalística biológica, es decir, el análisis de muestras biológicas de interés criminal, como los tejidos, pelos, restos óseos, fluidos de sangre, saliva, semen, orina entre otros.

3.3.6: En los delitos contra la libertad sexual, cuando se trata de imputación contra una sola persona que ha mantenido relaciones sexuales con la presunta agraviada y a consecuencia de ello procrea un menor, es necesario la realización de la prueba científica de ADN a fin de determinar la paternidad y la responsabilidad penal o no del encausado.

219

§219. Reglas de admisión probatoria de las declaraciones previas del menor en los delitos sexuales

Casación	33-2014- UCAYALI
Fecha	28 de octubre del 2015
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	Neyra Flores.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodrígues Tineo, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Loli Bonilla.
Disposiciones estudiadas	Art. 173° del CP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	14°, 15° y 25° al 29°.

RESUMEN:

En los casos de delitos sexuales contra menores de edad, si por error el fiscal no incorporara la declaración de la menor al juicio oral, el juez lo deberá hacer de oficio. Igual suerte seguirá la retractación de la víctima, en cuyo caso el fiscal pedirá la confrontación con la declaración inicial.

FUNDAMENTOS:

DÉCIMO CUARTO: Es claro que estas reglas deben considerar la edad de la víctima, mientras menor sea, mayor será la restricción para que declaren en el juicio oral. Por ende, será obligatorio que sobre esta base, en la etapa intermedia, el Fiscal, en casos de delitos sexuales, solicite que se escuche el audio, se visione el video o se oralice el acta donde se registra esta primera declaración, la cual se debe constar en un soporte que permita su incorporación como medio de prueba completo.

DÉCIMO QUINTO: Si, por error, el Fiscal no lo hiciera, sobre la base del interés superior del niño, el papel de garante del juez de los derechos de los ciudadanos y el artículo trescientos ochenta y cinco del Código Procesal Penal, este lo incorporará de oficio en la etapa respectiva. En caso exista retractación por parte de la víctima, también será posible incorporarla, así, el Fiscal, de conformidad con el inciso uno del artículo trescientos setenta y ocho del citado Código, pedirá que se le confronte con su declaración previa.

VIGÉSIMO QUINTO: De ahí que en el proceso penal sea necesario que la declaración de menores sea guiada por un tercero especializado, como un psicólogo, por lo que se deberán seguir los pasos de una toma de declaración en Cámara Gesell (ver Guía de Procedimiento para la Entrevista Única de Niños, Niñas y Adolescentes víctimas de abuso sexual, explotación sexual y trata con fines de explotación sexual del año dos mil diez), de no ser posible, por el juez.

VIGÉSIMO SEXTO: Siguiendo la guía citada debe considerarse que la entrevista sea realizada en los ambientes adecuados y con los artefactos de captación de imagen y sonido en perfecto funcionamiento, a fin que sea preservada. Antes de la entrevista, las partes y el entrevistador se deben reunir con los padres o responsables del niño, niña o adolescente, con la finalidad de obtener sus generales de ley, información preliminar del suceso, las condiciones familiares de aquella y demás información que resulte pertinente para la realización de la entrevista. El entrevistador debe saber los puntos sobre los cuales debe versar la entrevista, los cuales son propuestos por las partes con la intervención del juez.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Si al inicio o durante la entrevista surgen motivos justificados que impidan su desarrollo, se suspende y reprograma la diligencia lo más pronto posible, a fin de asegurar la uniformidad y espontaneidad de la información a ser proporcionada por el niño, niña o adolescente.

VIGÉSIMO OCTAVO: Durante la entrevista se debe tener en cuenta al menos: i) Abordar en la narración de los hechos: fecha, hora, personas que se hallaban presentes, descripción del lugar del hecho y de la agresión sexual, si en ésta hubo acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o si se realizaron otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías o si se produjeron tocamientos indebidos en sus partes íntimas, etc. iii) Identificación del imputado, señas particulares: tatuajes, cicatrices, cortes, quemaduras, etc., discapacidad física o mental, lenguaje, actitud, etc. iv) No mencionar el nombre o apellido del procesado antes, durante o después de la entrevista, salvo que el entrevistado lo mencione. v) Evitar inducir la descripción de la persona. vi) Las circunstancias vinculadas al acercamiento y abordaje del

investigado. vii) No formular preguntas que atenten contra la dignidad del niño, niña y adolescente. viii) Otros aspectos que sean pertinentes.

VIGÉSIMO NOVENO: También debe atenderse a: i) La edad, las necesidades y el nivel de desarrollo del niño, niña o adolescente, de acuerdo con su contexto socio-cultural. Debe propiciarse la espontaneidad del relato. ii) Estructurar preguntas que puedan comprenderse fácilmente. iii) Permitir que el niño, niña y adolescente cuente con tiempo suficiente para responder las interrogantes que se le formulan. iv) Formular preguntas que no sean ambiguas, capciosas o sugestivas y evitar aquellas que induzcan a eludir la respuesta y adoptar actitudes negativas. v) Evitar hablar de sí mismo. vi) Evitar expresar verbal o gestualmente acuerdo o desacuerdo con la declaración efectuada por el niño, niña o adolescente. vii) Evitar comparaciones. viii) Se abstendrá de interrumpir al evaluado sin justificación (sólo se acepta la interrupción si tiene un fin específico). ix) No usar terminología que el niño, niña o adolescente no pueda comprender. x) Evitar hablar de temas irrelevantes para el caso.

220

§220. Valoración de la prueba, presunción de inocencia y derecho a la defensa.

Casación	41-2012-MOQUEGUA
Fecha	06 de junio de 2013
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	Villa Stein.
Jueces Supremos	Villa Stein, Pariona Pastrana, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Rozas Escalante.
Disposiciones estudiadas	Art. 2º del TP; 385º,2 y 492º del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	4º Considerando

RESUMEN:

Uno de los elementos que integra el contenido esencial de la presunción de inocencia como regla de prueba es que la actividad probatoria realizada en el proceso sea suficiente. Ello quiere decir, primero, que las pruebas –así consideradas por la Ley y actuadas conforme a sus disposiciones– estén referidas a los hechos objeto de imputación –al aspecto objetivo de los hechos– y a la vinculación del imputado con los mismos; segundo, que las pruebas valoradas tengan un carácter incriminatorio, por ende, que puedan sostener un fallo condenatorio.

FUNDAMENTOS:

4.1. Del ámbito de la casación: Conforme se ha señalado líneas arriba, mediante Ejecutoria Suprema del cuatro de mayo de dos mil doce -véase fojas veintiuno del cuadernillo de casación- , admitió a trámite el recurso de casación las causales de inobservancia de la garantía constitucional de carácter material, concretamente la afectación de las garantías de presunción de inocencia y debido

proceso, así como por la causal de falta de logicidad en la motivación y por apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema, contenidas en el artículo cuatrocientos veintinueve, incisos uno, cuatro y cinco del Código Procesal Penal.

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

DEL PRIMER MOTIVO CASACIONAL: INOBSERVANCIA DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL DEBIDO PROCESO Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA:

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

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

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

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

4.7. De otro lado, respecto al tiempo utilizado en el acto de deliberación, este cuestionamiento fue absuelto en la resolución de apelación, en la que precisan que conforme al Informe del especialista legal, el acto de deliberación en cuestión en realidad duró aproximadamente veinte minutos y no unos segundos como alega la defensa del procesado, además que el artículo trescientos noventa y dos, inciso dos del Código Procesal Penal si bien precisa un tiempo máximo para la deliberación, más no así, estipula un tiempo mínimo, no evidenciándose ninguna irregularidad en dicho extremo.

4.8. En relación al tiempo limitado para ejercer sus alegatos de cierre; cabe precisar que el derecho de defensa se encuentra consagrado en el artículo ciento treinta y nueve, inciso catorce de la Constitución Política del Estado, el

cual constituye un derecho fundamental e imprescindible de un debido proceso. Derecho constitucional que posibilita a las partes argumentar sus pretensiones y rebatir los fundamentos que la parte contraria formula en apoyo de las suyas; se aprecia del desarrollo del proceso, que el encausado tuvo oportunidad de defenderse, contando en todo momento con un abogado defensor, pudiendo el inculpado contradecir las pruebas y ejercer el control de las mismas, e intervino con pleno conocimiento en todas las etapas del proceso, razón por la cual no se evidencia una afectación de la garantía constitucional del derecho de defensa como sostiene.

DEL SEGUNDO MOTIVO CASACIONAL: MANIFIESTA ILOGICIDAD EN LA MOTIVACIÓN:

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

4.10. Uno de los contenidos del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. Debiendo precisar, que el contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa. No requiriendo que, de manera pormenorizada, el Tribunal o Juzgador se pronuncie en forma expresa y detallada sobre todas las alegaciones que las partes puedan formular dentro del proceso. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea proporcionado y congruente con el problema que al Juez Penal corresponde resolver -véase sentencia del Tribunal Constitucional número mil doscientos treinta guión dos mil dos guión HC oblicua TC, fundamento jurídico diez al quince-.

4.11. En el caso en concreto, se evidencia que la sentencia de vista ha respetado el principio a la motivación de resoluciones judiciales; toda vez que, existe suficiente justificación de la decisión adoptada, evidenciándose congruencia entre lo pedido y lo resuelto, advirtiéndose que en puridad, lo que el recurrente

pretende es que se efectúe una nueva reevaluación de las pruebas actuadas -que no es posible hacer en virtud a los principios procedimentales de oralidad e inmediación que rigen la actividad probatoria-; pues en rigor, cuestiona la validez de los medios probatorios actuados en el proceso, sobre los cuales determinaron su responsabilidad penal, la cual no cabe realizar, por su cognición limitada, al órgano de casación; en consecuencia, no es amparable los motivos de su recurso en este extremo.

DEL TERCER MOTIVO CASACIONAL: APARTAMIENTO DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

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

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

DEL CUARTO MOTIVO CASACIONAL: CAUSAL DECLARADA DE OFICIO PARA DESARROLLO DE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL:

4.14. Que, si bien en el recurso de casación interpuesto por el recurrente, solo ha extendido el ámbito causal de su medio impugnatorio a los supuestos precedentemente señalados; sin embargo, debe indicarse que este Supremo Tribunal se encuentra facultado para que de oficio se pronuncie sobre una causal no invocada por el recurrente, cuando tengan por finalidad salvaguardar el principio de legalidad, o corregir una errónea interpretación o una falta de aplicación de

Ley penal, de conformidad con lo estipulado en el inciso primero del artículo cuatrocientos treinta y dos del Código Procesal Penal, que a la letra dice: "El recurso atribuye a la Sala Penal de la Corte Suprema el conocimiento del proceso sólo en cuanto a las causales de casación expresamente invocadas por el recurrente, sin perjuicio de la cuestiones que sean declarables de oficio en cualquier estado y grado del proceso".

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

4.16. Estando a lo expuesto, se advierte que en el presente caso existe interés casacional para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, por la causal prevista en el inciso quinto, del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, en concordancia con el inciso cuarto, del artículo cuatrocientos veintisiete del mismo cuerpo legal, **a efectos de establecer si la conducta ilícita de violación sexual de mayor de catorce años y menor de dieciocho de años de edad -realizados mediante violencia física o amenaza-, previsto en el inciso tres, del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, concordante con el último párrafo del mismo artículo, debe ser reconducida al inciso dos, del segundo párrafo del artículo ciento setenta del Código Penal** (Ley Penal más favorable al reo), en concordancia con lo estipulado en los Acuerdos Plenarios números uno guión dos mil doce oblicua CJ guión ciento dieciséis, del veintiséis de marzo de dos mil doce y cuatro guión dos mil ocho oblicua CJ guión ciento dieciséis, de dieciocho de julio de dos mil ocho, referidos a la exención de responsabilidad penal para toda relación sexual voluntaria con adolescentes mayores de catorce y menores de dieciocho años de edad, pues tienen capacidad de mantener relaciones sexuales voluntariamente al igual que una persona mayor

de dieciocho años de edad; en tanto, no medie violencia, grave amenaza o engaño. A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional, recientemente emitió la sentencia del doce de diciembre del dos mil doce, recaída en el expediente número cero ocho guión dos mil doce guión PI oblicua TC, que declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad, por haberse acreditado la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad, entre catorce años y menos de dieciocho; y en consecuencia, inconstitucional el artículo ciento setenta y tres, inciso tres del Código Penal, modificado por la Ley número veintiocho mil setecientos cuatro, lo cual no implica la excarcelación en los casos de violencia, agresión o abuso sexual contra dichos menores (en lo que no se acredita su consentimiento), pudiendo ser susceptibles de adecuación del tipo penal, dependiendo de los hechos concretos.

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

4.18. En tal sentido, resulta necesario reconducir la tipificación de la conducta imputada al encausado -que no afectó la indemnidad sexual sino la libertad sexual de una adolescente- , prevista en el inciso tres, del artículo ciento setenta y tres –primer párrafo– del Código Penal, concordante con el último párrafo del mismo artículo, al regulado en el inciso dos, del segundo párrafo, del artículo ciento setenta del Código Penal, de conformidad con lo dispuesto en el inciso once, del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú, lo cual no afecta el derecho de defensa del encausado ni sus derechos fundamentales, puesto

que se mantiene la homogeneidad del bien jurídico protegido, la inmutabilidad de los hechos y las pruebas, coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación del tipo y esencialmente no se produce agravio al encausado, tal como lo puntualiza la sentencia del seis de febrero del dos mil nueve, expediente número doscientos ochenta y seis guión dos mil ocho guión PHC oblicua TC, Ayacucho.

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

221

§221. Prueba prohibida en grabación de conversación telefónica

Recurso de Nulidad	2076-2014- LIMA NORTE
Fecha	23 de abril de 2016
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 30°1 del C de PP.

RESUMEN:

La conversación telefónica entre el imputado y el denunciante no es prueba ilícita por cuanto: i) Uno de los interlocutores aceptó efectuar la llamada, no intervino un tercero ajeno a la conversación; ii) No se trató de un delito provocado, no se indujo al imputado a delinquir, hubo una línea reiterada de conductas tendentes a la obtención de dinero para influenciar a un magistrado; iii) Al tratarse de una conversación entre dos personas no se necesita una autorización judicial; iv) No es ilícito que la autoridad inste a una de las partes a tener una conversación con uno de los imputados y que esa conversación se grabe.

FUNDAMENTOS

SEXTO: Que, de otro lado, se ha desestimado el mérito de la conversación telefónica entre Doig Sánchez y Atencio Gonzáles [actas de transcripción de audio de fojas setecientos cincuenta y nueve y setecientos sesenta y uno: su contenido, por lo demás, es inequívocamente delictivo]. La Sala Superior mencionó que es un prueba inducida, sin autorización judicial y la transcripción no cuenta con la presencia de un defensor.

Sin embargo, no se está ante un prueba prohibida (i) tanto porque se trató de una conversación entre dos personas, una de las cuales era el interlocutor que aceptó efectuar esa llamada -no intervino un tercero ajeno a la conversación, por lo que no existe vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, y el contenido de la conversación no era íntimo o privado (véase: STCE cincuenta y seis diagonal dos mil tres, de veinticuatro de marzo)-, (ii) cuanto porque se está antes un delito de tracto sucesivo -una línea reiterada de conductas tendentes a la obtención de dos mil quinientos dólares americanos con el objetivo, presuntamente simulado, de influenciar ante un juez que tiene un caso a su cargo-, por lo que no se indujo al imputado a delinquir -la idea criminal no se introdujo artificialmente: no se trata, en suma de un delito provocado-. (iii) Tratándose de una conversación entre dos personas -una de las cuales aceptó la grabación-. No se necesitaba autorización judicial -la espontaneidad de uno de los interlocutores no está en discusión-. (iv) No es ilícito, por lo demás, que la autoridad inste a uno de los imputados a tener una conversación con otros de los partícipes en el delito y que esa conversación se grabe (STSE de veinte de febrero de dos mil seis). (v) A los efectos de la transcripción judicial, no es constitutiva de su eficacia procesal la intervención del defensor; además, los testigos de cargo corroboran la intervención delictiva de Atencio Gonzáles.

222

§222. Prueba documental prueba documentada: precisiones y diferencias

Recurso de Nulidad	1589-2013-LIMA
Fecha	06 de agosto de 2013
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Neyra Flores.

RESUMEN:

Es de diferenciar prueba documental –los documentos propiamente dichos- de prueba documentada. Esta última contiene diligencias acentuadas en sede preliminar y jurisdiccional, que según las exigencias derivadas de los principios de legalidad, contradicción, inmediación, irrepetibilidad y urgencia, podrán ser consideradas –si cumplen determinados presupuestos, condiciones y requisitos- como actos de prueba para su valoración con arreglo a la sana crítica –prueba preconstituida y prueba anticipada-. Las actas de registro, incautación o comiso pueden erigirse en prueba preconstituida si cumplen las notas características de irrepetibilidad o indisponibilidad y urgencia, y si formalmente hubo posibilidad de actuación con principio de contradicción, se debatió en el acto oral y se cumplió con las disposiciones legales que la disciplinan. Como son prueba documentada no pueden ser objeto de tacha. Si se cuestiona su constitucionalidad, el argumento es de fondo, es una oposición u objeción de mérito que debe ser absuelta en la sentencia.

FUNDAMENTOS:

PRIMERO. Que la defensa del encausado Aurimas Brasas en su recurso formalizado de fojas novecientos cuarenta y nueve solicita la absolución. Alega que el acta de registro domiciliario y comiso de drogas no cuenta con la firma del

fiscal ni de traductor oficial; que su patrocinado no habla ni escribe castellano; que en la diligencia materia del acta de registro personal solo se le encontró dinero; que existe contradicción entre lo que declaró el instructor Luis Alberto Cotrina y el comandante de la Policía Nacional del Perú Pilco Pilco; que fue admitida la tacha contra cuatro actas levantadas por la policía en el curso de la intervención; que como se trata de prueba ilegalmente obtenida no produce ningún efecto en el proceso.

SEGUNDO. Que la defensa del encausado Martynas Bambalas en su recurso formalizado de fojas novecientos cincuenta y cuatro insta la absolución. Repite los argumentos del recurso de su coimputado Aurimas Brasas. Insiste en que no habla castellano que su permanencia en Perú era para exportar fruta y que arrendó el inmueble donde pernoctaba con el nombre de Darius Kudraskas.

TERCERO. Que la acusación fiscal de fojas seiscientos dieciséis atribuye a los imputados recurrentes integrar una organización delictiva de tráfico de drogas mediante la modalidad de utilizar maletas, montura de caballos y otros para acondicionar droga y enviarlos mediante burriers al extranjero, cuyo centro de operaciones era un inmueble en el distrito de San Miguel.

De estos hechos tomó conocimiento personal de inteligencia de la DEPANDRO Ventanilla - Callao, por lo que -sin comunicar a la Fiscalía— el día dieciséis de marzo de dos mil uno, como a las dieciséis horas, capturó a los encausados Aurimas Brasas y Martynas Bambalas de nacionalidad Lituana. por inmediaciones de la cuadra uno de la calle Margarita Praxides — Urbanización Pando. Al efectuarles el registro personal sólo se encontró en su poder un total de tres mil quinientos cincuenta dólares americanos [actas de rojas treinta y cinco y treinta y seis].

A continuación, sin recabar orden judicial, ingresaron y registraron el inmueble. ubicado en el número ciento dieciséis de esa calle y urbanización — alquilado por Martynas Bambalas [contrato de rojas ciento veintidós]-. Según el acta respectiva de fojas treinta y siete —que indicó que la entrada y registro contó con la autorización de los detenidos- se encontraron, entre otros documentos, tres pasaportes de tres ciudadanos extranjeros, trescientos dólares americanos y una caja de madera que contenía una montura de caballo de cuero tallado con todos sus accesorios desarmados, y con adherencias de clorhidrato de cocaína [pericia de rojas quinientos setenta y tres], una bolsa conteniendo esa misma droga: cero punto cero cuarenta y dos kilogramos [pericia de fojas quinientos setenta y dos]. así como tres balanzas electrónicas y un sellador electrónico, entre otras herramientas.

Con posterioridad a esa diligencia policial —nueve días después- se realizó un acta de inspección técnica policial, con presencia del Fiscal, que no aportó dato significativo alguno [acta de rojas cuarenta].

Los imputados, según comunicación oficial de Interpol, no registran antecedentes por tráfico de drogas, sino por falsedad documental y tráfico de personas [acta de fojas ochocientos quince]. La pericia toxicológica arrojó negativo para consumo de drogas. El examen de sarro ungueal, asimismo resultó negativo para adherencias de drogas en ambas manos de los imputados.

CUARTO. Que si bien es cierto que la sentencia no se pronunció expresamente respecto de las tachas interpuestas contra la Nota de Agente. el Acta de registro personal e incautación, el acta de registro domiciliario, comiso e incautación, las dos actas de lacrado de especies, los resultados preliminares de análisis químico y el Atestado Policial, las cuales fueron admitidas por resolución de fojas veintiséis —cuaderno de tacha-; es obvio, que implícitamente, al otorgarles valorabilidad y ser apreciadas, se desestimó las mismas.

Sin embargo es de precisar seis puntos básicos para la debida admisión y procedencia de una tacha en el proceso penal:

1. La tacha procede, primero, contra la prueba documental y, segundo, contra los peritos y testigos (artículos 156, 165 y 262 del Código de Procedimientos Penales). Por remisión a los artículos 242° y 243° del Código Procesal Civil, la tacha a los documentos sólo cabe por falsedad o por nulidad.

2. Es de diferenciar prueba documental -los. documentos propiamente dichos- de prueba documentada. Esta última contiene diligencias actuadas en sede preliminar y jurisdiccional, que según las exigencias derivadas de los principios de legalidad, contradicción, inmediación, irrepetibilidad y urgencia, podrán ser consideradas -si cumplen determinados presupuestos, condiciones y requisitos- como actos de prueba para su valoración con arreglo a la sana crítica -prueba preconstituida y prueba anticipada-.

3. El Atestado Policial, como aporte de la policía con el valor de denuncia, no es, típicamente, prueba documental. Existen algunos ámbitos del Atestado que pueden tener carácter de prueba preconstituida. si cumplen determinados requisitos. Su apreciación queda a cargo del Tribunal sentenciador cuando le corresponda apreciar la prueba --la legalidad integra el contenido esencial de lo que se entiende por

prueba en el proceso jurisdiccional-. El cuestionamiento al Atestado siempre es de mérito y la vía procesal, desde luego, no es la tacha.

4. La Nota de Agente es un mero informe de un funcionario policial, sujeto a contrastación, y como tal tiene el carácter de mera denuncia. Constituye,' en todo caso, objeto de prueba. Como no es un medio de prueba la tacha es rechazable de plano.

5. El resultado provisional de análisis químico no es un medio de prueba, pero comparte, muy provisionalmente, las notas de una pericia. Por tanto, lo que se puede tachar es al perito por falta de imparcialidad o por incompetencia profesional.

6. Las actas de registro, incautación o comiso pueden erigirse en prueba preconstituida si cumplen las notas características de irrepetibilidad o indisponibilidad y urgencia, y si formalmente hubo posibilidad de actuación con principio de contradicción, se debatió en el acto oral y se cumplió con las disposiciones legales que la disciplinan. Como son prueba documentada no pueden ser objeto de tacha. Si se cuestiona su constitucionalidad. el argumento es de fondo -es una oposición u objeción de mérito que debe merecer cumplida respuesta en la sentencia- y. de aceptarse, producirá su exclusión e inutilizabilidad; será una prueba de valoración prohibida.

QUINTO. Que como las reglas de prueba que integran la garantía de presunción de inocencia exigen la presencia de verdadera prueba, que ésta sea de cargo e introducida por la parte acusadora, así como que en su obtención -fuente de prueba- o en su actuación -medio de prueba- no vulnere el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental el incumplimiento de alguna de ellas determina la imposibilidad de su valoración, de suerte que si no existe prueba bastante o suficiente, no queda otra opción al juez que dictar sentencia absolutoria.

Un cuestionamiento de este orden, como lo ha planteado la defensa, debe entenderse como argumento de defensa o, en su caso, como objeciones u oposiciones de mérito. Carece de objeto pronunciarse por las tachas dada su evidente inadmisibilidad.

SEXTO. Que, en el presente caso, es de destacar dos oposiciones de la defensa: a) la indefensión material que significó que los imputados firmen actas sin conocer el castellano; y, b) el allanamiento policial del inmueble sin cumplir las exigencias impuestas por el artículo 2°. inciso 9 de la. Constitución.

SEPTIMO: Que está probado que los imputados desconocían el castellano. Por eso se requirió la presencia de un intérprete. La declaración de la policía Marcela Katherine Stuva Farfán es significativa al respecto [fojas doscientos ochenta y seis]. De ser así, no es posible aceptar como válida, en señal de conformidad la firma de los imputados, en las actas de registro personal y domiciliario. La indefensión material que deriva de esa omisión obliga a desestimar como legalmente válida la aceptación de los imputados a lo que allí se consigna.

OCTAVO. Que como mediaron acciones de inteligencia y se contaba con información adecuada del lugar utilizado para acciones de tráfico de drogas. la ausencia del fiscal resta credibilidad a la diligencia y, en especial, la autorización judicial, que incluso le resta legitimidad -que es anterior y prerrequisito de la fiabilidad probatoria-.

En efecto, los imputados han negado autorización personal para la entrada y registro del inmueble, por lo que la carga de la prueba recae en la policía. No hay evidencia objetiva, externa, distinta de la versión de los propios efectivos policiales, que confirme que los titulares del derecho de exclusión permitieron el ingreso y registro del predio.

NOVENO. Que cabe significar que no existió flagrancia delictiva. La droga o bienes vinculados a ella no eran observables por los policías. No consta que hubo una vigilancia del predio y que antes o en el acto de la intervención se advirtiera la presencia de movimientos propios de una actuación delictiva vinculada al tráfico de drogas. Es claro que en el presente caso no había constancia cierta de la comisión del delito a través de percepciones sensoriales, como eran, por ejemplo, la entrada y salida inmediata en el predio de personas conocidas por su adicción o comercialización de droga, de modo que exija de manera inexcusable una inmediata intervención policial. No era patente en este caso la desaparición de los agentes del delito o la destrucción u ocultación de los objetos o los instrumentos del mismo.

Es de rigor puntualizar que a las dos notas materiales de la flagrancia: inmediatez -temporal e inmediatez personal. se añaden otras dos de orden adjetivo: percepción directa y efectiva -nunca meramente presuntiva o indiciaria— de las dos notas anteriores. y necesidad urgente de la intervención policial como medio de evitar ya la consumación del delito que está cometiendo. ya el agotamiento del que se acaba de cometer, ya la desaparición cíe los efectos y huellas del delito que se está percibiendo directa y sensorialmente. Es evidente que en el *sub lile* estas notas no se presentaban, por ende se requirió orden judicial —inexistente- o autorización del titular del derecho de exclusión —no acreditada, en tanto el

comportamiento de los interesados que no sabían el idioma, no permite concluir que medió aquiescencia libre y voluntaria-.

DÉCIMO. Que en estas circunstancias se tiene que la ilegitimidad constitucional de la entrada y registro domiciliario determina que lo que se dice incautado —prueba originaria- y las pericias realizadas sobre el particular -prueba derivada- no sea utilizable, esto es, que carecen de valor legal de prueba. A ello se agrega que concurrió un supuesto de indefensión material por falta de intérprete aunque es de acotar, desde una perspectiva general, que no es significativo la firma del intervenido en una acta policial para afirmar su eficacia procesal pues lo relevante es el cumplimiento de las pautas legalmente establecidas en la realización de la propia diligencia en función a la obtención de fuentes de prueba —requisito incumplido en esta causa-.

En tal virtud, debe estimarse el recurso defensivo. Es de aplicación el articulo 301°, primer párrafo, del Código de Procedimientos Penales.

223

§223. Criterios para la admisión y procedencia de una tacha en el proceso penal

Recurso de Nulidad	1589-2013/LIMA
Fecha	06 de agosto de 2013
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Artículos 156, 165 y 262 del Código de Procedimientos Penales.

RESUMEN:

Seis puntos básicos para la debida admisión y procedencia de una tacha en el proceso penal:

1. *La tacha procede, primero, contra la prueba documental y, segundo contra los peritos y testigos (artículos 156. 165' y 262° del Código de Procedimientos Penales). Por remisión a los artículos 242° y 243° del Código Procesal Civil. La tacha a los documentos sólo cabe por falsedad o por nulidad.*

2. *Es de diferenciar prueba documental –los documentos propiamente dichos- de prueba documentada. Esta última contiene diligencias actuadas en sede preliminar y jurisdiccional, que según las exigencias derivadas de los principios de legalidad, contradicción, inmediación, irrepetibilidad y urgencia, podrán ser consideradas –si cumplen determinados presupuestos, condiciones y requisitos- como actos de prueba para su valoración con arreglo a la sana crítica –prueba preconstituida y prueba anticipada-.*

3. *El Atestado Policial, como aporte de la policía con el valor de denuncia, no es, típicamente, prueba documental. Existen algunos ámbitos del*

Atestado que pueden tener carácter de prueba preconstituida, si cumplen determinados requisitos. Su apreciación queda a cargo del Tribunal sentenciador cuando le corresponda apreciar la prueba –la legalidad integra el contenido esencial de lo que se entiende por prueba en el proceso jurisdiccional-. El cuestionamiento al Atestado siempre es de mérito y la vía procesal, desde luego, no es la tacha.

4. *La Nota de Agente es un mero informe de un funcionario policial, sujeto a contrastación, y como tal tiene el carácter de mera denuncia. Constituye, en todo caso, objeto de prueba. Como no es un medio de prueba la tacha es rechazable de plano.*

5. *El resultado provisional de análisis químico no es un medio de prueba, pero comparte, muy provisionalmente, las notas de una pericia. Por tanto, lo que se puede tachar es al perito por falta de imparcialidad o por incompetencia profesional.*

6. *Las actas de registro, incautación o comiso pueden erigirse en prueba preconstituida si cumplen las notas características de irrepetibilidad o indisponibilidad y urgencia, y si Formalmente hubo posibilidad de actuación con principio de contradicción, se debatió en el acto oral y se cumplió con las disposiciones legales que la disciplinan. Como son prueba documentada no pueden ser objeto de tacha. Si se cuestiona su constitucionalidad, cl argumento es de fondo —es una oposición u objeción de mérito que debe merecer cumplida respuesta en la sentencia-- y de aceptarse, producirá su exclusión e inutilizabilidad; será una prueba de valoración prohibida.*

FUNDAMENTOS:

PRIMERO. Que la defensa del encausado Aurimas Brasas en su recurso formalizado de Fojas novecientos cuarenta y nueve solicita la absolución. Alega que el acta de registro domiciliario y comiso de drogas no cuenta con la firma del fiscal ni de traductor oficial; que su patrocinado no habla ni escribe castellano; que en la diligencia materia del acta de registro personal solo se le encontró dinero; que existe contradicción entre lo que declaró el instructor Luis Alberto Cotrina y el comandante de la Policía Nacional del Perú Piteo Hico; que fue admitida la tacha contra cuatro actas levantadas por la policía en el curso de la intervención; que como se trata de prueba ilícitamente obtenida no produce ningún efecto en cl proceso.

SEGUNDO. Que la defensa del encausado Martynas Burnbalas en su recurso formalizado d.e fojas novecientos cincuenta y cuatro insta la absolución. Repite los argumentos del recurso de su eoimputado Aurimas i3uisas. Insiste en que no habla castellano que su permanencia en Perú era para exportar fruta y que arrendó el inmueble donde pernoctaba con el nombre de Darlos Kudraskas.

TERCERO. Que la acusación fiscal de fojas seiscientos dieciséis atribuye a los imputados recurrentes integrar 11.11d organización delictiva de tráfico de drogas mediante la modalidad de utilizar maletas, montura de caballos y otros para acondicionar droga y enviarlos mediante burriers al extranjero, cuyo centro de operaciones era un inmueble en el distrito de San Miguel.

De estos hechos tomó conocimiento personal de inteligencia de la DEPANDRO Ventanilla - Callao [Nota de Agente de fojas ciento veintiuno] por lo que sin comunicar a la Fiscalía-- el día dieciséis de marzo de dos mil uno, como a las dieciséis horas, capturó a los encausados Aurimas Brasas y Martynas Bambala, de nacionalidad Lituana, por inmediaciones de la cuadra uno de la calle Margarita Praxides — Urbanización Pando. Al efectuarles el registro personal sólo se encontró en su poder un total de tres mil quinientos cincuenta dólares americanos [actas de rojas treinta y cinco y treinta y seis].

A continuación., sin recabar orden judicial, ingresaron y registraron el inmueble ubicado en el número ciento dieciséis de esa calle y urbanización — alquilado por Martynas Bambalas [contrato de fojas ciento veintidós] —. Según el acta respectiva de fojas treinta y siete —que indicó que la entrada y registro contó con la autorización de los detenidos— se encontraron, entre otros documentos, tres pasaportes de tres ciudadanos extranjeros trescientos dólares americanos y una caja de madera que contenía una montura de caballo de cuero tallado con todos sus accesorios desarmados y con adherencias de clorhidrato de cocaína pericia de fojas quinientos setenta y tres], una bolsa conteniendo esa misma droga: cero punto cero cuarenta y dos kilogramos [pericia de rojas quinientos setenta y dos] así como tres balanzas electrónicas y un sellador electrónico, entre otras herramientas.

Con posterioridad a esa diligencia policial —nueve días después— se realizó el acta de inspección técnica policial, con presencia del Fiscal, que no aportó dato significativo alguno [acta de fojas cuarenta].

Los imputados, según comunicación oficial de lnterpol, no registran antecedentes por tráfico de drogas, sino por falsedad documental y tráfico de personas [carta de fojas ochocientos quince]. La pericia toxicológica arrojó negativo para consumo de drogas. El examen de sarro ungueal, asimismo, resultó negativo para adherencias de drogas en ambas manos de los imputados.

CUARTO. Que si bien es cierto que la sentencia no se pronunció expresamente respecto de las tachas interpuestas contra la Nota de Agente, el Acta de registro personal e incautación, el acta de registro domiciliario, comiso e incautación. las dos actas de lacrado de especies, los resultados preliminares de análisis químico y el Atestado Policial, las cuales fueron admitidas por resolución de fojas veintiséis —cuaderno de tacha—; es obvio, que implícitamente, al otorgarles valorabilidad y ser apreciadas, se desestimó las mismas.

Sin embargo, es de precisar seis puntos básicos para la debida admisión y procedencia de una tacha en el proceso penal:

7. La tacha procede, primero, contra la prueba documental y, segundo contra los peritos y testigos (artículos 156. 165' y 262° del Código de Procedimientos Penales). Por remisión a los artículos 242° y 243° del Código Procesal Civil. La tacha a los documentos sólo cabe por falsedad o por nulidad.

8. Es de diferenciar prueba documental –los documentos propiamente dichos- de prueba documentada. Esta última contiene diligencias actuadas en sede preliminar y jurisdiccional, que según las exigencias derivadas de los principios de legalidad, contradicción, inmediación, irrepetibilidad y urgencia, podrán ser consideradas –si cumplen determinados presupuestos, condiciones y requisitos- como actos de prueba para su valoración con arreglo a la sana crítica –prueba preconstituida y prueba anticipada-.

9. El Atestado Policial, como aporte de la policía con el valor de denuncia, no es, típicamente, prueba documental. Existen algunos ámbitos del Atestado que pueden tener carácter de prueba preconstituida, si cumplen determinados requisitos. Su apreciación queda a cargo del Tribunal sentenciador cuando le corresponda apreciar la prueba –la legalidad integra el contenido esencial de lo que se entiende por prueba en el proceso jurisdiccional-. El cuestionamiento al Atestado siempre es de mérito y la vía procesal, desde luego, no es la tacha.

10. La Nota de Agente es un mero informe de un funcionario policial, sujeto a contrastación, y como tal tiene el carácter de mera denuncia. Constituye, en todo caso, objeto de prueba. Como no es un medio de prueba la tacha es rechazable de plano.

11. El resultado provisional de análisis químico no es un medio de prueba, pero comparte, muy provisionalmente, las notas de una

pericia. Por tanto, lo que se puede tachar es al perito por falta de imparcialidad o por incompetencia profesional.

12. Las actas de registro, incautación o comiso pueden erigirse en prueba preconstituida si cumplen las notas características de irrepetibilidad o indisponibilidad y urgencia, y si Formalmente hubo posibilidad de actuación con principio de contradicción, se debatió en el acto oral y se cumplió con las disposiciones legales que la disciplinan. Como son prueba documentada no pueden ser objeto de tacha. Si se cuestiona su constitucionalidad, cl argumento es de fondo —es una oposición u objeción de mérito que debe merecer cumplida respuesta en la sentencia-- y de aceptarse, producirá su exclusión e inutilizabilidad; será una prueba de valoración prohibida

QUINTO. Que como las reglas de prueba que integran la garantía de presunción de inocencia exigen la presencia de verdadera prueba, que ésta sea de cargo e introducida por la parte acusadora, así como que en su obtención —fuente de prueba- o en su actuación —medio de prueba- no vulnere el contenido institucionalmente protegido de un derecho fundamental, el incumplimiento de alguna de ellas determina la imposibilidad de su valoración, de suerte que si no existe prueba bastante o suficiente, no queda otra opción al juez que dictar sentencia absolutoria.

Un cuestionamiento de este orden, como lo ha planteado la defensa, debe entenderse como argumento de defensa o, en su caso, como objeciones u oposiciones de mérito. Carece de objeto pronunciarse por las tachas dada su evidente inadmisibilidad.

SEXTO. Que, en el presente caso es de destacar dos, oposiciones de la defensa: a) la indefensión material que significó que los imputados firmen actas sin conocer el castellano; y, b) el allanamiento policial del inmueble sin cumplir las exigencias impuestas por el artículo 2', inciso 9 de la Constitución.

SÉPTIMO. Que está probado que los imputados desconocían el castellano. Por eso se requirió la presencia de un intérprete. La declaración de la policía Marcela Katherine Stuva. Farfán es significativa al respecto [fojas doscientos ochenta y seis]. De ser así no es posible aceptar como válida, en serial de conformidad, la firma de los imputados, en las actas de registro personal y domiciliario. La indefensión material que deriva de esa omisión obliga a desestimar como legalmente válida la aceptación de los imputados a lo que allí se consigna.

OCTAVO. Que como mediaron acciones de inteligencia y se contaba con información adecuada del lugar utilizado para acciones de tráfico de drogas la ausencia del fiscal resta credibilidad a la diligencia y, en especial, la autorización judicial, que incluso le resta legitimidad --que es anterior y prerrequisito de la Fiabilidad probatoria--.

En efecto, los imputados han negado autorización personal para la entrada y registro del inmueble, por lo que la carga de la prueba recae en la policía. No hay evidencia objetiva, externa, distinta de la versión de los propios efectivos policiales, que confirme que los titulares del derecho de exclusión permitieron el ingreso y registro del predio.

NOVENO. Que cabe significar que no existió flagrancia delictiva. La droga o bienes vinculados a ella no eran observables por los policías. No consta que hubo una vigilancia del predio y que antes o en el acto de la intervención se advirtiera la presencia de movimientos propios de una actuación delictiva vinculada al tráfico de drogas. Es claro que en el presente caso no había constancia cierta de la comisión del delito a través de percepciones sensoriales, como eran por ejemplo, la entrada y salida inmediata en el predio de personas conocidas por su adicción o comercialización de droga, de modo que exija de manera inexcusable una inmediata intervención policial. No era patente en este caso la desaparición de los agentes del delito o la destrucción u ocultación de los objetos o los agentes del delito o la destrucción u ocultación de los objetos o los instrumentos del mismo.

Es de rigor puntualizar que a las dos notas materiales de flagrancia: inmediatez temporal e inmediatez personal, se añaden otras dos de orden adjetivo: percepción directa y efectiva –nunca meramente presuntiva o indiciaria- de las dos notas anteriores, y necesidad urgente de la intervención policial como medio de evitar ya la consumación del delito que está cometiendo, ya el agotamiento del que se acaba de cometer, ya la desaparición de los efectos y huellas del delito que se está percibiendo directa y sensorialmente. Es evidente que en el *sub lite* estas notas no se presentaban, por ende, se requirió orden judicial –inexistente- o autorización del titular del derecho de exclusión –no acreditada, en tanto el comportamiento de los interesados, que no sabían el idioma, no permite concluir que medió aquiescencia libre y voluntaria--

DÉCIMO. Que en estas circunstancias se tiene que la ilegitimidad constitucional de la entrada y registro domiciliario determina que lo que se dice incautado –prueba originaria- y las pericias realizadas sobre el particular –prueba derivada- no sea utilizable, esto es, que carecen de valor legal de prueba. A ello se

agrega que concurrió un supuesto de indefensión material por falta de intérprete, aunque es de acotar, desde una perspectiva general, que no es significativo la firma dcl intervenido en una acta policial para afirmar su eficacia procesal, pues lo relevante es el cumplimiento de las pautas legalmente establecidas en la realización de la propia diligencia en función a la obtención de fuentes de prueba — requisito incumplido en esta causa--.

En tal virtud, debe estimarse el recurso defensivo. Es de aplicación el artículo 301°, primer párrafo, del Código de Procedimientos Penales.

224

§224. Criterios para la construcción de prueba indiciaria

Recurso de Nulidad	3521-2012/LIMA
Fecha	24 de julio del 2013
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Príncipe Trujillo.
Disposiciones estudiadas	Código de Procedimientos Penales

RESUMEN:

La prueba por indicios requiere, corno es sabido, (i) que los indicios —su objeto no es el directamente final de la prueba: la conducta delictiva— se basen en hechos plenamente probados y no en meras sospechas, rumores o conjeturas; y, (II) que los hechos constitutivos de, delito y la participación de los acusados en el mismo, se deduzcan de los indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, detalladlo en la sentencia condenatoria.

El control impugnativo de la racionalidad y solidez de la inferencia puede efectuarse tanto (i) desde el canon de su lógica o coherencia —de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho de que se hace desprender de ellos no conduzcan naturalmente a el-, como (ii) desde el de su suficiencia o carácter concluyente —no siendo razonable cuando la inferencia es excesivamente abierta, débil o imprecisa— ha de rechazar no solo los supuestos de inferencias ilógicas o inconsistentes, sino también las inferencias no concluyentes, incapaces también de convencer objetivamente de la razonabilidad de la plena convicción judicial.

FUNDAMENTOS:

1. Del ámbito impugnativo general.

PRIMERO. Que conforme ha quedado expuesto en los fundamentos fácticos décimo segundo al décimo cuarto, han recurrido la sentencia de instancia la Fiscalía Superior, la parte civil que representa a los agraviados Peceros Pedraza y Meléndez Cueva, y la parte civil que representa al agraviado Cruz Sánchez.

En términos estrictos, las infracciones jurídicas denunciadas tienen su base en las normas de derecho probatorio, a partir de las cuales se fijaron los hechos declarados probados (distintos parcialmente a los propuestos por la Fiscalía).

Desde el Ministerio Público no se cuestionó la propia operación de rescate a cargo de los comandos de las Fuerzas Armadas, como sustento de la intervención del Estado para liberar a los rehenes y poner fin a un estado delictivo permanente, perpetrado por catorce individuos armados adscritos al MRTA. Lo que se impugna, desde la *questio facti* es, en primer lugar, si se mató a los tres agraviados una vez que fueron reducidos y estaban rendidos; y, en segundo lugar, si la muerte de los tres agraviados, integrantes del MRTA, se debió a la ejecución de directivas preordenadas desde las más altas instancias estatales. Con este último lineamiento, se incorporó como soporte dogmático material la autoría mediata mediante dominio de un aparato de poder organizado, ya asumido por este Supremo Tribunal en varios casos especialmente relevantes.

SEGUNDO. Que desde la parte civil el cuestionamiento' es más amplio. Alcanza, corno contexto, la política antisubversiva del gobierno del presidente Fujimori Fujimori. Luego, en lo específico, la elaboración y ejecución del Plan Chavín de Huántar —orden de no tomar prisioneros, corroborado, según los recurrentes, con la utilización del denominado "TIS"— la intervención de Montesinos Torres y de los efectivos del SIN en su desarrollo, y los actos posteriores a la culminación de la operación militar, *factum* último en el que también incide la Fiscalía.

TERCERO. Que, de ser así, corresponde determinar, como marco base del caso, si el Plan Chavín de Huáncar, en sí mismo considerado, vulneró alguna norma de Derecho ya sea del Derecho Internacional Humanitario, Derecho Internacional de los Derechos Humanos o del Derecho Internó. Básicamente, cabe establecer si, dadas las circunstancias cine rodearon la toma en rehenes en la residencia del embajador del Japón y la permanencia en ese recinto de los setenta y dos rehenes —incluyendo la situación nacional e internacional que

generó—, la operación —vista su ejecución y resultados— puede calificarse de desproporcionada e, importó un uso indebido de la fuerza. Asimismo, cabe un pronunciamiento acerca del procedimiento llevado a cabo inmediatamente después de liberados los rehenes y los alcances de las investigaciones sobre lo acontecido.

Es de rigor tener presente, respecto al uso legítimo de la fuerza, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en adelante, CDH— recaída en el asunto *Lazo Zambrano Vélez y otros versus Ecuador,* del cuatro de julio de dos mil siete —en adelante SCDH—. En esa oportunidad, la CDH puntualizó que la amenaza delincuencial, subversiva o terrorista, constituye una razón legítima para que el Estado despliegue sus fuerzas de seguridad en casos concretos. De igual manera, en la sentencia *Neyra Alegría versus Perú,* del diecinueve de enero de mil novecientos noventa y cinco, la CDH estableció que el derecho a usar la fuerza por parte del Estado, aunque ella implique la privación de la vida, en el mantenimiento del orden, no está en cuestión.

El uso de la fuerza, no obstante, ha de ser estrictamente excepcional, necesaria —será extrema cuando implique el uso de armas de fuego— y en la medida que lo requiera el cumplimiento de las tareas de defensa del orden público; esto es, de conformidad con el principio de proporcionalidad —incluye el uso de medios proporcionados— y en función a un objetivo legítimo. Desde ya cabe señalar que liberar rehenes de manos de terroristas, luego de una larga y frustrada negociación, para evitar el uso de la fuerza —secuestro en el que, con consecuencia de lo anterior, corría serio peligro la vida de los rehenes—, es una actividad por entero legítima de las Fuerzas del Orden en cumplimiento de disposiciones del más alto nivel de las autoridades del Estado.

2. *De la operación Chavín de Huántar*

CUARTO. Que cabe incidir, como datos preliminares, que al momento de ejecutarse la operación Chavín de Huántar el distrito limeño de San Isidro, donde estaba situada la residencia del embajador del Japón, se encontraba bajo Estado de Emergencia, conforme al Decreto Supremo N° 0020-CCFFAA, del dieciséis de abril de mil novecientos noventa y siete —seis días antes de la incursión militar— (fojas nueve mil novecientos veintiuno). Ésta era una nueva prórroga de la situación de excepción (Decretos Supremos N° 063-96-CCFFAA, del diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y seis, de fojas nueve mil novecientos dieciocho; y, N° 013-CCFFAA, del veintiuno de febrero de mil novecientos noventa y siete, de fojas nueve mil novecientos diecinueve), en la

que se encargó a las Fuerzas Armadas asumir el control del orden interno en virtud de la entonces vigente Ley número 24150 —ley que después fue declarada parcialmente inconstitucional, en especial su artículo 10° [Sentencia del Tribunal Constitucional 0017.2003-TC, publicada el veinticuatro de agosto de dos mil cuatro].

Al amparo de esa normativa, presenciaron la operación de rescate el Juez y el Fiscal militares y levantaron dos actas.

La primera acta corre a fojas mil ochocientos uno, del veintidós de abril de mil novecientos noventa y siete. Es significativo resaltar, en esa acta, lo siguiente:

1. La operación de rescate, por orden del Presidente de la República, se inició a las quince horas con veinte minutos del veintidós de abril de mil novecientos noventa y siete. Duró, aproximadamente, trece minutos y, luego, dos minutos más tarde, un grupo de comandos desde la azotea del predio levantó las manos en señal de victoria.
2. El Presidente de la República llegó a la residencia aproximadamente a los treinta minutos.
3. En el breve recorrido que se hizo por las instalaciones objeto de intervención, se comprobó que junto a la puerta principal yacían sobre el suelo dos emerretistas muertos; a dos metros de distancia, y casi juntos, otros dos emerretistas, al igual que en el centro de la escalera que conduce al segundo piso.
4. En ese momento, se suspendió la diligencia —según se dice— por razones de seguridad, ya que se tenía conocimiento que lugares estratégicos de la residencia se encontraban minados y con trampas cazabobos. Se dispuso que la diligencia continuaría al día siguiente.

Al día siguiente, en efecto, se levantó el acta de identificación y levantamiento de cadáveres que corre a fojas mil ochocientos seis, del veintitrés de abril de mil novecientos noventa y siete. En el recorrido por la residencia se encontraron cadáveres con diversos impactos de bala, muchos de ellos tenían a su costado fusiles AKM y ametralladoras. En el primer piso, entrando a la izquierda, al fondo de la residencia, se encontró el cadáver que correspondía, al parecer, al agraviado Cruz Sánchez (a) "Tito", con un orificio grande al lado derecho de la cabeza y parte superior de la oreja, quien tenía en la mano derecha una granada que no llegó a lanzar.

QUINTO. Que como parte de la operación de rescate Chavín de Huántar, se cuenta con los siguientes documentos imprescindibles:

1. Directiva COFI-DOP/PLN, del jefe del CCFFAA, general EP Hermoza Ríos, de fojas seis mil setecientos cuarenta. Esta tiene como datos relevantes: *(i)* Su finalidad, entre otras, era disminuir el costo humano y garantizar la liberación de los rehenes con el menor costo humano posible. *(ii)* Los objetivos por 'alcanzar, entre otros, era una intervención rápida y eficaz para neutralizar a los captares; una evacuación ordenada, rápida, y en seguridad de los captares y rehenes, brindando el tratamiento médico oportuno; y una ejecución de la operación dentro de las normas legales y el irrestricto respeto a los derechos humanos. *(iii)* El concepto estratégico global importa que la operación es conducida bajo un solo comando; que los mandos son responsables de que no se corneta exceso alguno, sin que signifique dejar de actuar con energía; que el respeto 'irrestricto de los derechos humanos durante el desarrollo de la operación militar constituye tina necesidad estratégica primordial; y que la evacuación de los rehenes debe realizarse en forma prioritaria respecto a la evacuación de los captares. (iv) La coordinación con el Consejo Supremo de Justicia Militar para garantizar el marco legal adecuado y la presencia de fiscales durante la operación.
2. Plan de Operaciones Nipón N° 96/SZSNC-2/6-3/JEMO/primera DIVFFEE, de mil novecientos noventa y siete, firmado por el Comandante General de la Primera DIVFFEE, general EP Augusto Jaime Patiño, de fajas seis mil setecientos cincuenta y uno Señala que: *(i)* La misión de la patrulla tenaz es dominar la residencia para capturar o eliminar a los emerretistas y rescatar a los rehenes. *(ii)* La operación consistirá en una dominación del inmueble en forma rápida, violenta y eficaz de capturar o eliminar a los emerretistas. *(iii)* La ejecución de las operaciones deben enmarcarse en el respeto irrestricto de los derechos humanos. (iv) Las instrucciones de coordinación disponen que no se cometerá ningún exceso y se mantendrá un irrestricto respeto a los derechos humanos, sin que esto signifique dejar de actuar con energía.
3. Plan de Operaciones Nipón noventa y seis diagonal Tenaz (Patrulla Tenaz, mil novecientos noventa y siete), firmado por el coronel EP José Williams Zapata, de fojas seis mil setecientos cincuenta y siete. Agrega, en lo puntual, que el Grupo Alfa dominará el primer piso y el Grupo Delta el segundo piso. Dominado el inmueble se procederá a la evacuación de

los heridos en el siguiente orden: primero rehenes, segundo comandos y tercero delincuentes terroristas. El anexo cinco precisa que la evacuación importa proporcionar tratamiento médico de emergencia y evacuación de los heridos, bajo las prioridades ya descritas. El elemento de apoyo, dominado el inmueble, procederá al tratamiento, clasificación y evacuación de rehenes y delincuentes terroristas. Los Grupos Alfa y Delta tienen corno misión apoyar en el tratamiento, clasificación y evacuación de rehenes y delincuentes terroristas heridos e ilesos. Finalmente, el ejecutivo de la patrulla coordinará el empleo de un equipo de filmación antes, durante y después de la operación, y para asuntos de entrenamiento. En este punto, cabe subrayar la declaración del Técnico de Tercera EP, adscrito al SIN, Pedro Jaime Tolentino García.

4. Informe Número uno diagonal primera DIVFFEE de fojas seis mil setecientos setenta y cuatro, firmado por el Comandante General de la Primera DIVFFEE, general EP Augusto Jaime Patiño, de fecha treinta de abril de mil novecientos noventa y siete, ocho días después de la operación de rescate. Allí se da cuenta de que: *(1)* El dieciséis de abril de mil novecientos noventa y siete se realizó el ensayo final con presencia del presidente Fujimori Fujimori. *(ii)* El SIN se encargó de la administración de las viviendas adyacentes a la residencia y de realizar maquetas a escala de la misma, así corno de los artefactos mecánicos y de comunicación empleados durante la operación. *(iii)* Como parte del entrenamiento se realizaron diversas técnicas de dominación de inmueble con tiro real, TIS con tiro real diurno y nocturno, comunicaciones, explosivos, identificación del enemigo, entre otras. (iv) el dieciocho de abril se instaló el Centro de Operaciones Tácticas (COT), mientras que el veinte de diciembre se inició el entrenamiento y ensayos de la Patrulla Tenaz en base del Plan de Operaciones que inicialmente se denominó "Nipón", y el dos de enero se reconoció como nuevo Comandante General de la Primera DIVFFEE al general EP Augusto Jaime Patiflo. (y) En marzo de mil novecientos noventa y siete, paralelamente a los ensayos, el Estado Mayor de la Unidad de Intervención realizó el reajuste final al Plan en coordinación con los Jefes de Grupo. (vi) El canal de comando fue: Patrulla Tenaz, Centro de Operaciones Tácticas, Comandante General del Ejército y presidente de la República. *(vii)* Por disposición del Presidente el inicio de las operaciones debía darse cuando los terroristas se encuentren en la planta baja jugando fulbito, lejos de los rehenes; la orden de inicio de operaciones fue emitida por el presidente el

veintidós de abril de mil novecientos noventa y siete. *(viii)* En la acción murieron dos comandos y todos los delincuentes terroristas (doce hombres y dos mujeres); correspondió el levantamiento de cadáveres a los jueces y cadáveres militares, con la participación o apoyo del SIN; y los procedimientos de ley para su entierro corrieron a cargo de la Policía Nacional del Perú -en adelante, PNP-. *(ix)* A través del rehén colaborador "MAR", se conoció del plan de seguridad de los terroristas y se concluyó que la intención de los cabecillas era eliminar a los rehenes de connotación política una vez producido el asalto; así se llegó a saber el estado anímico de los cabecillas en las horas previas a la hora del inicio de la operación.

5. De lo consignado en la revista *Base Tokio, El Comercio,* páginas 218-219, remitida en DVD, se advierte que los comandos portaban casco de combate israelí de acero y fibra de vidrio, fusil de asalto GALIL de calibre 7.56mm, fusil automático soviético AKM de calibre 7.62mm, subfusiles Herstal P guión noventa de calibre 5.5mm, anteojos de protección Uvex, subametralladora israelí Mini UZI de calibre 9mm, subametralladora alemana Heckler and Kosch de calibre 9mm, chaleco antifragmentario israelí, pistolas Beretta y Browning norteamericanas de 9mm, granadas de estruendo no letales, y uniformes de fabricación norteamericana. Esta prueba documental se refuerza con las declaraciones del acusado Huamán Ascurra (fojas quinientos veinticuatro), y de los testigos Williams Zapata (fojas quinientos veintiocho), Robles del Castillo (fojas quinientos treinta y siete), Donoso Volpe (fajas quinientos cuarenta y cinco) y Huarcaya Lovón (fojas quinientos cincuenta y cuatro).

SEXTO. Que desde la prueba personal, se tiene lo siguiente:

1. El General EP Augusto Jaime Patino, en sede preliminar y sumarial (fojas quinientos sesenta y ocho, tres mil seis, cuatro mil quinientos treinta y cuatro quinientos cincuenta y cinco, cinco mil doscientos cincuenta y seis y once mil setecientos veintiocho), apunta que el Plan Operativo Nipón guión noventa y siete fue entregado, en original y copia, al general EP Hermola Ríos., La construcción de túneles: estuvo a cargo del SIN. En lis ensayos de la operación y la réplica de la residencia estaban presentes el presidente Fujimori Fujimori, Montesinos Hermoza Ríos y Huamán Ascurra. No fue informado de la Captura o rendimiento de algún emerretista, los cuales murieron en combate y no hubo orden de

Matarlos; Solo se formuló el plan de Operaciones Nipón. No sabe de quién fue la orden para el ingreso, durante la operación, de Huamán Ascurra, tampoco Sabía que durante la operación de rescate participó Zamudio Aliaga.

2. El Coronel EP Williams Zapata, en sede preliminar, sumarial y plenaria (fojas quinientos veintiocho mil doscientos Cincuenta y ocho, seis mil ochocientos ochenta y tres, once mil quinientos sesenta y seis y veintiún mil seiscientos sesenta y seis y veintiún mil seiscientos setenta y seis), informa que el Plan de Operaciones lo hizo el general EP Jaime Palio, mientras él formuló el Plan de Operaciones para la dominación de la residencia denominado "Plan de Operaciones Tenaz". Reconoce que entrenó a la Patrulla Tenaz y la comandó. Se usó la técnica de dominación de inmueble —de origen israelí—, en la que se emplea la técnica del TIS —tres disparos a las partes vitales del enemigo: cabeza o tronco, y luego, Si correspondiera, un tiro de seguridad para evitar que el enemigo pueda causar heridos o muertes [en igual sentido se pronuncia, por ejemplo, el capitán EP Tackas Cordero a fojas seis mil trescientos catorce, y el mayor EP Víctor Hugo Sánchez Morales, adjunto del Jefe del Grupo de Asalto Delta, a fojas once mil ciento veintiocho y cinco mil diecinueve, respectivamente]. Si un terrorista se rendía se debía respetar sus derechos y luego entregarlos a los jefes de equipo. Los comandos no utilizaron pasamontañas, sino los del SIN, quienes ingresaron luego del operativo a filmar [el técnico de tercera EP Jaime Tolentino García tenía a su cargo la filmación y tomas fotográficas con otros seis efectivos (fojas seiscientos diez y seis mil trescientos setenta y cuatro]. Vio a los catorce terroristas muertos en el interior de la residencia. Montesinos Torres —responsable de inteligencia— no tuvo injerencia en la propia operación de rescate. No existió orden de ejecutar extrajudicialmente a los emerretistas. El teniente coronel EP Zamudio Aliaga dependía del SIN —no integraba la patrulla de comandos— y con él no tenía comunicación alguna, al igual que con el teniente coronel EP Huamán Asctura —tampoco le cursó orden alguna—, el cual durante la operación se abocó al tema de inteligencia y no participó en la parte operativa. Al día siguiente de la operación, juntamente con Hermoza Ríos y Montesinos Torres, recorrieron la residencia para ver los distintos ambientes y los cadáveres.

3. El adjunto del Jefe del Operativo, coronel EP Luis Rubén Alatrista Rodríguez, enfatizó que Huamán Ascurra, del SIN, era el enlace entre

el SIN y la Fuerza Operativa y quién proporcionaba información de inteligencia; que se consideró la posibilidad de capturar con vida a los terroristas, tan es así que se ubicó un punto de reunión de detenidos situado en las inmediaciones del bar de la residencia, y si algún comando hubiera detenido a un terrorista debía entregarlo al personal del Grupo de Apoyo y, a su vez, dar cuenta a su Jefe de Patrulla y éste al personal policial; que la técnica del tiro instintivo selectivo implica tres impactos inmediatos y uno de seguridad, además como los comandos deben pasar de un lugar a otro deben asegurarse que el terrorista esté neutralizado (fojas mil ciento trece, mil doscientos treinta y nueve y cuatro mil novecientos cuarenta y siete).

4. El teniente coronel EP Jorge Orlando Fernández Robles, Jefe Adjunto del Grupo de Asalto Alfa, declaró que para el rescate se utilizaron las técnicas de tiro instintivo selectivo (TIS) y de dominación de inmuebles; que si los terroristas se rendían tenían_ órdenes de reducirlos, desarmarlos y conducirlos a las inmediaciones del bar de la residencia para que se haga cargo el grupo de apoyo (fojas seiscientos cincuenta y tres y cinco mil doscientos cuarenta y tres).

5. El coronel EP Benigno Leonel Cabrera Pino, jefe del Grupo Alfa, que se encargó de la primera planta de la residencia, en sede preliminar a fajas quinientos setenta y seis y sumarial a fojas seis mil novecientos noventa y cuatro, sostuvo' que no hubo orden de acabar con la vida de los terroristas, ni se victimó a ningún terrorista rendido; que se utilizó el tiro instintivo selectivo y la técnica de dominación de inmuebles; que todos los terroristas que murieron en su área de seguridad fueron abatidos en combate; que cuando él ingresó a la residencia los terroristas ya estaban abatidos.

6. El coronel EP Hugo Víctor Robles del Castillo, jefe del Grupo Delta, que se encargó de la primera planta de la residencia, en sede preliminar y sumarial (fojas quinientos treinta y siete, mil doscientos cuarenta y siete y cuatro mil novecientos setenta y cuatro), refirió que no se logró capturar a ningún emerretista por la rapidez de los hechos y la forma agresiva de su actuación; que no vio a ningún terrorista rendido o capturado vivo; que durante los preparativos y ensayos no se tocó el tema de tomar prisioneros; que en este tipo de operaciones el combatiente debe tener la certeza de que el subversivo está definitivamente fuera de combate; que se empleó la técnica israelita y americana, así como la técnica del TIS; que

el escenario en que se dio el operativo, teniendo bajas, era difícil creer que un subversivo se rinda, lo que en todo caso queda a criterio de cada comando.

7. El teniente coronel EP Víctor Hugo Sánchez Morales, adjunto del coronel EP Robles del Castillo y Jefe del Equipo de Asalto número siete, anotó que se consideró la captura de los subversivos, pero en la ejecución de la operación no se capturó a ninguno de ellos; que el tiro de seguridad se utiliza dentro de la conducción misma de la operación, para asegurar la neutralización del elemento subversivo y continuar con el cumplimiento de la misión; que se utilizó la técnica israelí de dominación de inmuebles y el tiro instintivo selectivo (se selecciona un blanco y se dispara tres veces); que lo de selectivo es para proteger al rehén; que no hubo orden de aniquilar terroristas (fojas mil ciento veintiocho y cinco mil ciento diecinueve).

8. El mayor EP Renán Miranda Vera, adjunto del coronel EP Robles del Castillo, afirmó que la orden de ingresar la dio el coronel EP Williams Zapata; que cayó herido al ingresar a la residencia; que tenía la orden de respetar la vida y que los terroristas no se rindieron; que se les ordenó respetar los derechos humanos y que tornen prisioneros; que se empleó la técnica del tiro instintivo selectivo y no en ráfaga, con el fin de no herir a los rehenes.

9. El suboficial de Infantería EP. José Luis Alvarado Díaz, que integró el Equipo Delta ocho, en su declaración sumarial de fojas seis mil novecientos treinta y seis, reconoció que mató a los terroristas del segundo piso: los agraviados Meléndez Cueva y Peceros Pedraza, ,porque la primera tenía una granada y el segundo un arma UZI; que en ningún momento ambos agraviados dijeron que se rendían y que no los mataran; que habían practicado el tiro instintivo selectivo; que si un terrorista se rendía, debían desarmarlo y dar cuenta a su 'superior jerárquico inmediato.

10. Tanto el capitán EP Rojas Villanueva (fojas mil cuarenta y siete y siete mil veintiséis) como el teniente EP Moral Rojas (fojas seis mil novecientos ochenta y dos) —del Equipo Delta 08⁻ que igualmente dispararon contra los dos agraviados. El segundo afirma que observó que la agraviada Meléndez Cuevas tenía una granada en la mano y Una bolsa de granadas en la otra, por lo que disparó contra ella, mientras el primero sostiene que disparó contra los dos: la mujer tenía una granada en la mano y el varón un fusil AKM.

11. El capitán de Infantería EP Manuel Antonio Paz Ramos, integrante del Equipo Delta ocho, aludió que el procedimiento de rendición de un terrorista estaba estipulado en-reglamentos y en el plan de operaciones, el cual era desarmarlo, revisarlo y entregarlo al jefe de Equipo para su debida evacuación a la zona de reunión de prisioneros —niega haber matado a alguno de los terroristas que se hallaban en el segundo piso— (fojas seis mil novecientos cincuenta y siete).
12. El capitán EP Becerra Noblecilla, integrante del Equipo Delta ocho, asimismo acotó que no se rindió ni capturó a ningún terrorista. Tampoco escuchó gritos de rendición (fojas mil treinta y tres).
13. El mayor EP Raúl Huarcaya Lovón precisó que, como responsable del Equipo Delta ocho, observó que los terroristas no se rindieron, ni hubo orden de ejecutarlos, y era del caso detenerlos si se rendían. Le dieron cuenta del batimiento de una pareja de terroristas. Dice que fueron el capitán EP Paz Ramos y el suboficial Alvarado Díaz (fojas siete mil trece y mil doscientos sesenta y seis); aunque los tres que dispararon, por sus propias versiones, fueron Alvarado Díaz, Rojas Villanueva y Moral Rojas.
14. El oficial de mar de primera AP César Antonio Aguirre Legua, deslindó que recibió instrucciones de capturar con vida a los emerretistas en caso se rindieran, y que se diferenciaba a un emerretista de un rehén previa identificación por fotografías que se les había mostrado y si portaban almas (fojas cuatro mil ochocientos ochenta y cinco).

SÉPTIMO. Que los imputados, en lo esencial, han ratificado lo expuesto en los fundamentos jurídicos precedentes. En efecto:

1. El general EP Hermoza Ríos declaró que la orden de preparar un plan de contingencia partió del Presidente de la República, quien ordenó que la operación esté a cargo de la Primera DIVFFEE, con intervención de elementos del Ejército y de la Marina; que tenía la máxima autoridad a nivel militar —el planeamiento y ejecución del plan corresponde al área militar, mientras que el campo de inteligencia estaba a cargo del SIN, que no dependía de él—; que se dispuso la utilización del tiro instintivo selectivo, de mucha precisión para evitar matar al rehén; que no se dio la orden que no se tornara ningún prisionero, y se dispuso que debían trasladar a los emerretistas que resultara heridos en la operación hacia los hospitales; que Montesinos Torres estaba a cargo del campo de inteligencia, pero no tenía ningún mando sobre las fuerzas de intervención (fojas seiscientos

seis, seiscientos cuarenta, seis mil setecientos treinta y siete, veinte mil cuatrocientos ochenta y cinco vuelta y veinte mil quinientos veintiocho).

2. El asesor presidencial Montesinos Torres se limitó a decir que no participó en la operación de rescate, pues era competencia exclusiva de las Fuerzas Armadas; que el Presidente de la República decidió la formulación de un plan militar de contingencia, pero su prioridad fue una solución pacífica, incluso realizó una intensa diplomacia presidencial (fojas once mil seiscientos noventa y cinco).

3. El teniente coronel EP Huamán Ascurra, Director Ejecutivo de la Dirección de Información Electrónica del SIN, expresó que participó en la operación de rescate en la parte administrativa —no tenía relación con el operativo militar propiamente dicho—; que elaboró dos maquetas de la residencia e intervino en la construcción de los tálleles; que la labor del SIN en la operación era filmar y tomar fotografías —sus efectivos estaban cubiertos con pasamontañas y no llevaban armamento—, material que luego se entregó a Montesinos Torres; que durante la operación no tuvo contacto con Zamudio Aliaga, siendo imposible que se den dos líneas de comando pues eso entorpecería la ejecución del operativo; que los efectivos del SIN no tuvieron comunicación con los comandos porque los equipos de radio no estaban integrados; que no se dio la orden de victimar a los terroristas (fojas quinientos veinticuatro, cinco mil setenta y tres, cinco mil trescientos veintiséis, cinco mil quinientos tres, mil doscientos setenta y cuatro y veinte mil quinientos setenta y cuatro).

4. El teniente coronel EP Zamudio Aliaga, en su manifestación de fajas mil trescientos dos —quien no se puso a derecho en este proceso— mencionó que su puesto de comando era la casa número uno; que su misión específica era brindar-seguridad al área comprendida en el boquerón y las casas uno, dos, tres y cuatro, así como la casa de UNIQUE; que en este punto su mando superior era el teniente coronel EP Williams Zapata, a quien daba cuenta de todo —se entiende, de su esfera de acción—; que ingresó a la residencia después de terminado el operativo —se entiende luego del ingreso de los comandos a la residencia—; que lo hizo por la cochera de la residencia y del callejón de la residencia adyacente a la misma; que en el momento que quiso ingresar por una puerta del callejón de la residencia se produjo una explosión, debido a que todo ese sector estaba minado, y al volar los vidrios le impactan en la mano derecha y en la pierna derecha, asimismo, la onda expansiva lo tumbó al suelo; que se paró y luego ingresó

al segundo piso la residencia, al que subió por las escaleras que las fuerzas de intervención rápida habían colocado; que en el segundó piso apoyó al personal de rehenes para que pudieron bajar; que en una terraza del área de servicios apoyó a los rehenes y los ayudó a bajar, para que otros efectivos de la fuerza los bajaran de la residencia a las casas contiguas; que después de esto terminó y realizó gestiones para que ingresaran los bomberos; que luego de dirigirse al frontis de la residencia, donde los comandos cantaban el Himno Nacional, se fue a su puesto de comando en la casa de la GTZ.

OCTAVO. Que acerca del conocimiento que las Fuerzas del Orden tenían de lo sucedido en la residencia, caben resaltar las testificales de dos rehenes: almirante AP en situación de retiro Luis Alejandro Giampietri Rojas y el excanciller Francisco Tudela van 13reugel Douglas.

1. Giampietri Rojas manifestó que tuvo conocimiento de la operación de rescate veinticuatro horas antes; que por el *beeper* proporcionado por el comandante Fernández —uno de los rehenes— se comunicaba con el exterior —bajo el seudónimo de "MAR" —; que a raíz de ello le enviaron una guitarra con un micrófono en el estuche, donde enviaban mensajes; que mediante los micrófonos y *beeper* señalaba el horario y actividades de terroristas; que por el *beeper* se le informó de la operación militar; que los terroristas amenazaron con volar el edificio si había una incursión militar, quienes hacían ejercicios sobre un posible rescate y decían que nadie se rendiría; que ,finalmente, la mayoría de líderes (los denominados "Árabe", "Tito" y "Salvador" —salvo Cerpa Cartolini (a) "Evaristo"—) no aceptaban las negociaciones y decían que habían venido a morir — es especial el emerretista agraviado "Tito", quien era uno de los más violentos—; que los terroristas tenían cuatro jefes y tres de ellos no aceptaron las condiciones del Gobierno, salvo Cerpa; que los terroristas los amenazaron con matarlos; que los emerretistas ponían a un militar rehén en cada una de las ventanas, por si acaso disparaban desde afuera; que en el suelo los pateaban e insultaban, incluso les pusieron un rifle en la cabeza; que permanentemente torturaban, con sus gestos y amenazas, a él, Tudela van Breugel Douglas, Pedro Aritorni, Pedro Fujimori y Gilberto Siura; que los emerretistas prohibieron el ingreso de la Cruz Roja en abril de mil novecientos noventa y siete, peligraban sus vidas; y fue entonces que supo que iba a ejecutarse una operación de rescate: la clave era "Mary está enferma"; que los terroristas, en sus entrenamientos diarios, repetían:

"Aquí no se rinde nadie, carajo" (fojas cielito noventa y uno, seis mil novecientos veinticinco y veintiún mil novecientos dieciocho).

2. Tudela van Breugel Douglas dijo que los emerretistas nunca dejaron sus armas y lo amenazaron con matarlo; que los terroristas le mencionaron que matarían a los jueces; que Tito era muy agresivo y el más radical junto con "Salvador", mientras que el "Árabe" era temeroso y Cerpa moderado, y era con quienes permanecía Hidetaka Ogura; que los emerretistas siempre estaban armados y no les daban comida; que se enteró del operativo de rescate cuando las negociaciones entre los terroristas y el Estado estaban por fracasar —pero no podía comentarlo para no generar pavor en los rehenes—; que ese punto, el fracaso, ocurrió cuando los terroristas no dejaron ingresar la atención médica; que habían minado la residencia con explosivo plástico, tenían tres minas antitanques, mochilas con granadas y explosivos plásticos; que los agentes que filmaban estaban sin pistolas y con pasamontañas (fojas trescientos treinta y nueve y veintiún mil setecientos setenta y tres).

3. Otra declaración importante es la del propio Roberto Rosendo Fernández Frantzan, quien en su declaración sumarial de fojas seis mil novecientos cuarenta y siete afirmó que los terroristas siempre les decían que en caso de un operativo militar, los efectivos militares y policiales rehenes iban a morir primero.

3. *De la valoración de la ejecución y resultados de la operación de rescate*

NOVENO. Que la operación de rescate se realizó en un contexto complejo y como decisión final, frente a una situación de bloqueo de las negociaciones que importaban una vía pacífica, pese a la intensa actividad diplomática llevada a cabo al efecto, como se indica en el Informe de la CVR (páginas 719-723) —los testigos Giampietri Rojas y Tudela van Breugel Douglas, como fluye de sus declaraciones ya glosadas, son centrales en este aporte de información, y permiten entender la decisión del gobierno ante lo que sucedía con los rehenes a partir de la actitud reacia de los emerretistas—. La operación Chalán de Huántar se inició cuando se recibió información interna de que estaban dadas las condiciones pues trece emerretistas se hallaban en el primer piso y uno de ellos en el segundo —los del primer piso jugaban 1111, partido de fulbito—. Personal de inteligencia había logrado acceder, a través de mecanismos electrónicos, a escuchar lo que ocurría en el interior de la residencia y, además, a tener en cuenta determinadas rutinas y

características de los líderes a través de la colaboración efectiva, por lo menos, de un rehén: el vicealmirante AP, en situación de retiro, Giampietri Rojas.

DÉCIMO. Que sobre este último punto, cabe destacar lo que estipuló el "Manual de lucha contra el secuestro" de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito [Naciones Unidas, Nueva York, dos mil seis, Capitulo cuatro, apartado "Operaciones de Rescate", página treinta y seis]. La operación de rescate agresiva es una opción de último recurso, dado que el objetivo primario es la preservación de la vida. Solo debe emprenderse después de un examen cuidadoso y de haber agotado las demás opciones. La operación de rescate debe ser cuidadosamente planificada y se debe realizarse una evaluación minuciosa del riesgo, la cual debe estar a cargo del personal especialmente adiestrado.

Una perspectiva más profunda en orden a un rescate —más aún contra elementos terroristas— tiene lugar cuando se trata de un secuestro y toma de numerosos rehenes por una agrupación terrorista en plena actividad delincuencial, con integrantes ideologizados y fanáticos que portaban armamento de guerra, y también explosivos —propiamente fue una operación de Fuerzas Especiales ejecutadas por miembros terroristas—. Además, cuando existen factores internacionales de por medio y, sobre todo, en momentos en que después de largas y frustradas negociaciones —no por obra de las autoridades públicas— se produjo una lógica de rechazo al Estado por parte de los terroristas, y se conocía —por información interna— de su proceder incluso contra los rehenes. El uso la fuerza letal, en estas condiciones, era absolutamente necesaria en relación con la fuerza y amenaza que se quería repeler, a fin de liberar a los rehenes de la opresión terrorista —era absolutamente inevitable para proteger, numerosas vidas—[en este sentido, SCDH Retén de Catia, del cinco de julio de dos mil seis, párrafos 67-69].

Es de asumir, en lo pertinente, las disposiciones cuatro, cinco y nueve de los principios básicos. Sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptada por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente —La Habana, veintisiete de agosto al siete de septiembre de mil novecientos noventa—. Así las cosas, *(i)* era evidente la necesidad de ,una operación militar de rescate y la consiguiente utilización de armas de fuego, pues otros medios no resultarían eficaces o no garantizarían de manera, segura el logro del resultado previsto: rescatar con vida a los rehenes; (ii) el empleo de armas de fuego debe ejercerse con moderación y en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga: los terroristas se hallaban arreados, incluso

con granadas tipo piña y estaban decididos a enfrentar a las Fuerzas Especiales para evitar el rescate de los rehenes —incluso colocaron minas en los accesos de la residencia— y, por ello, se utilizaron armamento ligero, granadas aturdidoras y técnicas especializadas de acción: dominación de inmuebles y tiro instintivo selectivo, que minimizaron los riesgos; *(iii)* el uso intencional de armas letales debe ser estrictamente inevitable para proteger una vida y en defensa de otras personas, para soslayar una grave amenaza contra una persona (en este caso los rehenes) —y los propios agentes militares—, y con el propósito de alejar ese riesgo y restaurar la seguridad pública (todo ello se contempló en el Plan de Operaciones Chavín de Huántar y se verificó en su ejecución).

Cabe subrayar, a partir de lo expuesto, que una operación de rescate no está prohibida por el Derecho internacional; pero, en todo caso, se fijan reglas para su debida y proporcionada ejecución. Un Estado está-legitimado y autorizado para llevarla a cabo, pero dentro de los límites y conforme con los procedimientos que permiten preservar tanto la seguridad pública como los derechos fundamentales de la persona humana [Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Bulacio versus Argentina,* del dieciocho de setiembre de dos mil tres].

DÉCIMO PRIMERO. Que la operación de rescate, desde el Estado, como han narrado los comandos y oficiales jefes, estuvo precedida de un fuerte entrenamiento de los efectivos militares, en la sede de Chorrillos, donde se construyó una réplica de la residencia del embajador del Japón. Se utilizó, de fuentes estadounidenses e israelitas, las técnicas de dominación de inmuebles y de tiro instintivo selectivo —y no de ráfaga, precisamente para evitar lesionar o matar a los rehenes. Es obvio, además, que esta acción militar de rescate, como dicta la experiencia comparada, se conduce dentro de hechos de notable complejidad militar y táctica, en recintos fuertemente defendidos y/o fortificados, incluso minados en sus puntos de acceso.

DÉCIMO SEGUNDO. Que cabe enfatizar que el método militar de dominación de inmuebles y la técnica de tiro instintivo selectivo, tienen antecedentes en el ámbito militar —y en la experiencia internacional— y forman parte de la doctrina militar contemporánea, con la que se enseña y entrena a los efectivos militares para enfrentar situaciones críticas, entre ellas, el secuestro y la toma de rehenes en, lugares cerrados. Se utilizó principios básicos de una incursión armada de rescate de rehenes, propiamente militar, como simplicidad, seguridad, repetición, sorpresa, velocidad y propósito, que funcionaron de manera interconectada.

El Ejército peruano, dos años antes de este suceso, ya enseñaba en la Escuela de Comandos el curso de dominación de rescate de rehenes de inmuebles,

aplicando técnicas antiterroristas y de dominio de armamento ligero: UZI, MINI UZI calibre nueve milímetros, entre otros [véase fajas veintitrés mil trescientos ochenta y cinco], curso que incluía el TIS.

De igual manera, el Ejército peruano, con anterioridad a los hechos, había aprobado el Manual de Tiro Instintivo Selectivo, mediante resolución del Comandante General del Ejército Número mil ochenta y seis LINDE diagonal cero cinco punto veintiuno, del dieciocho de mayo de mil novecientos noventa y cuatro. Conforme con este Manual, los comandos debieron ser debidamente entrenados y capacitados —corno en efecto se hizo y por cuatro meses—, primero con un entrenamiento en seco —sin munición pero con el mismo realismo y perfeccionando cada movimiento—, y luego en un entrenamiento con tiro real —con munición de guerra: armas ligeras (pistola, pistola ametralladora y fusil de asalto) —. El TIS permite un tiro rápido por excelencia, con un alto grado de efectividad en campo abierto y cerrado. Se utilizan los órganos corno punto de referencia y se permite disparar dos cartuchos en un tiempo promedio de dos segundos, eliminando al enemigo aunque se encuentre en una multitud haciendo uso de la selección. El tiro es de dos disparos rápidos sobre el blanco en un tiempo máximo de dos segundos; los disparos se realizan sobre la cabeza en distancias cortas (seis, ocho y diez metros) y, sobre el cuerpo, a distancias largas. Sin embargo, para reglar los órganos de puntería del arma se cumple con disparar sobre la guía de referencia: pecho y con tres cartuchos, luego de lo cual se procede a centrar los órganos de puntería del arma si las balas no hubieran impactado en forma correcta en el blanco.

Cabe aclarar que el denominado "tiro de seguridad" solo se ejecuta en una operación de combate, en el desarrollo del enfrentamiento frente a frente. Cuando el delincuente terrorista es impactado, el comando se asegura que ya no sea un peligro amenaza, y sigue progresando en la operación. No hay, pues, en estas dramáticas circunstancias, nada de ilegítimo o desproporcionado en la conducta de un miembro de las Fuerzas Especiales en plena acción de combate.

DÉCIMO TERCERO. Que desde esta perspectiva y a tenor de los resultados, cabe reconocer que, en este caso, desde el COT y demás órganos de planeamiento y ejecución, se realizaron y cumplieron los objetivos esenciales trazados: rescate de los rehenes vivos, salvo el caso lamentable de un juez supremo y de dos rehenes heridos. Los factores de sorpresa y desfase, siempre inevitables en esta clase de operaciones, a tenor de los resultados —mínimos, por cierto—, de ninguna manera pueden comprometer la bondad, rigor y éxito militar de la operación de rescate.

Si se torna en cuenta el conjunto de análisis que es menester realizar para evaluar una Operación de Fuerzas Especiales, se tiene: *(i)* análisis del entorno para identificar y justificar la operación. —ya descriptos en los fundamentos jurídicos precedentes—; *(II) el* análisis del objetivo, la residencia, en ,cuya virtud se efectuaron maquetas y se construyó una réplica de la misma; *(iii) el* análisis de las fuerzas enfrentadas [número de delincuentes, armamento que poseían, características del lugar de atrincheramiento y, entre otros factores, características y número de las personas retenidas] —la información valiosa, desde el punto de vista militar, de lo que ocurría en la residencia y de las rutinas seguidas por los emerretistas, abonó mucho en esa línea—; (iv) el análisis del entrenamiento, que tuvo lugar en un lapso de cuatro meses, con la definición de las tácticas —ya enunciadas y de reconocida eficacia en la experiencia comparada— que se iban a utilizar; (y) el análisis de la misión, a partir de los planes aprobados y que siguieron los estamentos previamente estipulados —véase, en especial, fundamento jurídico quinto—; *(vi)* el análisis de la operación, que a la luz de los resultados fue lo 'mejor que pudo hacerse en términos estrictamente castrenses y en argumentaciones de racionalidad.

Cabe resaltar, además, que toda operación de rescate tiene tres reglas fundamentales: 1) Salvar a cualquier costo la vida de los rehenes. 2) Proteger la vida de los militares en acción, siempre que no implique afectar la primera regla. 3) Evitar la muerte de los terroristas, siempre que no importen incumplir las dos reglas anteriores. Ello puede explicar, eón claridad, los costes y resultados de la operación analizada.

DÉCIMO CUARTO. Que en estas circunstancias las preguntas clave serían: ¿se pudo evitar la muerte de los terroristas?, ¿se pudo evitar la muerte de un rehén?, ¿se pudo evitar la muerte de dos comandos y los heridos por parte de las Fuerzas Especiales?, ¿se pudo coordinar mejor la relación Fuerzas Especiales y SIN? Son preguntas sensibles y su evaluación *ex post* merece que se realice desde *(i)* la información que se tenía *ex ante, (ii)* las características y situación de la residencia, *(iii)* la actitud y aptitud de los emerretistas [importante resaltar, primero, que de las cuatro demandas de los terroristas, dos eran absolutamente inviables, al punto que frente a las negociaciones finalmente no aceptaron una salida a la crisis, lo que revela una disposición previa a un desenlace fatal en perjuicio de los rehenes; segundo, que portaban armamento de guerra; y, tercero, que diariamente hacían ejercicios militares], *(iv)* la cantidad (setenta *y* dos) y características de los rehenes (jueces, congresistas, militares y policías, altos funcionarios públicos, diplomáticos, familia del Presidente, etcétera), y (v) la experiencia, capacitación y decisión de

los jefes y los comandos, que exigía el acceso a una instalación cerrada y múltiples pero coordinadas acciones para enfrentarse a los terroristas, reunir a los rehenes y sacarlos del predio.

Una sede o instalación que se sabía: a) minada parcialmente [tan cierto que el teniente EP Raúl Cruz Vargas sufrió la amputación del pie izquierdo y el teniente coronel EP Zamudio Aliaga fue levemente herido por las esquirlas tras una explosión; además, corre a fojas mil ochocientos uno que el Juez y el Fiscal militar debieron suspender la diligencia frente a la posibilidad de activación de explosivos]; b) con emerretistas decididos a enfrentarse a las Fuerzas Especiales —entrenaban diariamente en técnicas de combate frente a una incursión militar— y contaban con fusiles de asalto AKM, un lanzador de cohetes antitanque RPG-7, chalecos antibalas, caretas antigás, granadas de fragmentación y explosivos—; así como, e) con una gran cantidad de rehenes, pese a los canales de comunicación interna que se logró instaurar, desde luego, exigía muchísimo al Estado y sus responsables estratégicos y tácticos, al igual que a sus ejecutores.

DÉCIMO QUINTO. Que una evaluación de conjunto permite concluir que no se produjeron errores tácticos significativos, los que ni siquiera han sido insinuados por la parte acusadora.

Todos los emerretistas se erigieron, por su propia conducta y actuación antes —por su adscripción terrorista y su intervención en la torna de la residencia del embajador de Japón— y en el enfrentamiento propio tras la operación de rescate mismo, en objetivos militares legítimos. Al respecto, corno quedó expuesto, ellos eran la tercera prioridad en la operación misma, pues primero eran los rehenes y, luego, los comandos.

Cabe significar, por ejemplo, que el artículo cincuenta y dos, apartado dos, del articulo cincuenta y dos del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, relativos a la protección de víctimas de los conflictos armados internacionales, de mil novecientos setenta y siete, permite sostener —por extensión al ámbito de una operación de Fuerzas Especiales de recate de rehenes a manos de organizaciones terroristas alzadas en armas contra el Estado democrático—que los ataques deben limitarse estrictamente, como se hizo, a los objetivos militares, los cuales se circunscriben —entre otros supuestos— a todas aquellas personas que, por el rol que desempeñan, contribuyen eficazmente a la acción militar, o cuya captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida.

Es pertinente reiterar que una operación de rescate de rehenes, que es sorpresiva, violenta y rápida, importa la realización de explosiones que generan

humo, polvo y gran confusión en los ambientes donde se encuentran captures y rehenes. Los rendidos, en esas circunstancias tan confusas, con visibilidad y audición disminuida, deben mostrar claramente su intención de rendirse con diversos gestos universalmente aceptados: levantar los brazos, arrojar las armas, enarbolar una bandera blanca. Esto último, no está probado que se produjo por parte de los emerretistas.

DÉCIMO SEXTO. Que desde el Derecho Internacional Humanitario —en adelante, D1H—, en tanto parte del orden público internacional, de normas de *ius cogen* internacional y de carácter *erga onmes,* que son irrenunciables, es de aceptar que si bien el MRTA *(1)* tenía una estructura efectiva y centralizada, de carácter militar y una clara cadena de mando de arriba hacia abajo —que se reprodujo en la toma de la residencia del embajador del Japón—, sin embargo carecía *(ii)* de un control territorial, siquiera en parte mínima, del país —no se puede estimar que las instalaciones de la embajada equivalen a control territorial— que le permitiera *(iii)* realizar operaciones militares sostenidas y concertadas, de duración e intensidad de cierto nivel; menos, (iv) poseía capacidad de aplicar el Protocolo Adicional.

Ahora bien, corno en el presente caso, los miembros del MRTA —los catorce terroristas— tornaron directa o personal intervención en esta acción terrorista de secuestro y toma en rehenes, que es un delito permanente y, por tanto actual, en perjuicio de inocentes —en decidida ejecución de sus planteamientos políticos inhumanos y antidemocráticos—, se tornaron, en objetivos militares legítimos durante esa participación, en aras de la, ejecución de una operación de rescate.

DÉCIMO SÉPTIMO. Que, de otro lado, desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos --en adelante DIDH—, cabe acotar lo siguiente:

1. Está permitido el uso de, fuerza. letal en caso de defensa propia o de un tercero, o en caso de peligro inminente Para uno o 'terceros, que es el caso de rescate de rehenes. Eso fue lo que llevó a cabo el COT y la Patrulla Tenaz.

2. La SCIDH *Zarnbrano Vélez versus Ecuador,* ya citada, del cuatro de julio de dos mil siete, ratificó los criterios que determinan el uso legítimo de la fuerza por 1:)Parte de miembros de cuerpos de seguridad del Estado. Destacan los principios de excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad y humanidad. Así, en clave de excepcionalidad, él uso de la fuerza debe tener lugar cuando se han agotado y fracasado

todos los demás medios de 'control; y el uso de fuerza letal se hará efectivo en casos absolutamente necesarios y en relación con la fuerza o amenaza que Se pretende repeler. Él principio de necesidad solo justifica las medidas de violencia militar no prohibidas por el Derecho Internacional, que son relevantes y proporcionadas para garantizar el pronto sometimiento del "enemigo, con el Menor gasto posible de recursos humanos y económicos. El principio de humanidad, como complementario y limitativo del de necesidad, prohíbe las medidas de violencia no necesarias, y en un 'enfrentamiento la fuerza debe usarse contra aquellas personas que constituyen una amenaza 'inminente de muerte o lesión grave. El principio de humanidad, como complementario y limitativo del de necesidad, prohíbe las medidas de violencia no necesarias, y en un enfrentamiento la fuerza debe usarse contra aquellas personas que constituyen una amenaza inminente de muerte o lesión grave.

3. En el *sub-lite,* no se trató, como resulta obvio, de un asesinato planificado. Se utilizaron medios legítimos, sin renuncia a la función estatal de restablecer el orden interno frente a una situación de violencia terrorista: armamento de guerra ligero y granadas aturdidoras (las explosiones de inicio solo fueron para abrir las puertas principales y generar confusión). El principio de proporcionalidad, aplicado aquí, permitió evitar sufrimientos y daños innecesarios. Solo se ejerció violencia indispensable para someter a los secuestradores terroristas. El resultado final, apreciado globalmente, da cuenta de la aplicación, en atención a las circunstancias de un enfrentamiento armado estrictamente focalizado, con bajas por parte de los terroristas y comandos —y con quince heridos por parte de los comandos—. Ello fue posible, a partir de un Plan Operativo previamente concebido, y de un entrenamiento riguroso y adecuado de las Fuerzas Especiales. En esa acción, además, medió la intervención —en ese mismo momento— de la jurisdicción militar, que al culminar el rescate inspeccionó el inmueble y el propio teatro de los hechos, levantando las actas respectivas. El diseño legal fue claro; luego se harán las puntualizaciones técnico jurídicas correspondientes.

4. Cabe destacar que los muertos y heridos, por parte de comandos de la Patrulla Tenaz, demuestran que los terroristas emerretistas se les enfrentaron y dispararon contra ellos. El dictamen pericial de

análisis químico de ingeniería forense de fojas mil cuatrocientos sesenta y tres da cuenta que el análisis de las muestras examinadas a seis emerretistas arrojó resultado positivo para plomo, antimonio y bario.

DÉCIMO OCTAVO. Que la cantidad de disparos que los emerretistas caídos recibieron por los comandos revela que se trató de fuego cruzado, como finalmente señala el informe de las pericias médico-legales realizadas por el Instituto de Medicina Legal de fojas mil quinientos cuarenta y ocho, reproducido a fojas tres mil noventa y seis, del dieciséis de agosto de dos mil uno: la multiplicidad de las lesiones en los diferentes segmentos corporales y sus variadas trayectorias son características observadas en los enfrentamientos de grupos armados, utilizando armas de fuego de disparos únicos o de múltiple secuencia (fuego cruzado).

En esta perspectiva, el informe del Profesor Derrick Pounder —admitido a fojas veinticuatro mil trescientos noventa y dos— es clarísimo. El patrón lesional en las trece personas fallecidas en conjunto es semejante y conforme a lo que se esperaría de un combate en espacio cerrado, en una situación de rescate de rehenes. En la mayoría de los fallecidos se aprecia el patrón esperado de lesiones por proyectil de arma de fuego, con un gran número de lesiones letales (de sobredestrucción), que apuntan inicialmente corno blanco el torso con lesiones dispersas que reflejan un blanco móvil, y luego apuntan hacia la cabeza y cuello de un adversario ya moribundo y/o reducido. En el caso de Peceros Pedraza y Meléndez Cueva, no hay elemento en el patrón lesional que sugiera que fallecieron bajo otra situación que no sea dentro de un enfrentamiento armado.

Finalmente, todos los rehenes, salvo uno —que falleció—, fueron rescatados, mientras que otros tres rehenes resultaron heridos por proyectil de arma de fuego.

DÉCIMO NOVENO. Que un punto central de la operación de rescate es analizar si se cumplió el principio de proporcionalidad, si medió no un excesivo uso de la fuerza en la operación.

El artículo tres del Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución número treinta y cuatro guión ciento sesenta y nueve, de diecisiete de diciembre de mil novecientos setenta y nueve, prescribe que *"Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza solo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas"*.

Ello implica, según el comentario incorporado a la norma, que el uso de la fuerza debe ser excepcional y lo pueden hacer en la medida en que razonablemente sea necesario para un objetivo legítimo. El uso de la fuerza importa, además, el empleo de armas de fuego corno medida extrema, cuando un presunto delincuente ofrezca resistencia armada o ponga en peligro, de algún modo, la vida de otras personas, de suerte que no pueda utilizarse, dadas las circunstancias, otras medidas menos extremas. Este era el caso, precisamente, de los emerretistas que ocuparon violentamente, con uso de explosivos, la residencia del embajador del Japón, y retenían durante varios meses a setenta y dos rehenes. Los delincuentes terroristas, además, estaban armados y se enfrentaron a los militares. Es necesario tener en cuenta que ya habían amenazado con victimar, por lo Menos, a algunos rehenes.

VIGÉSIMO. Que si se tiene en consideración, corno, objetivo prioritario, la salvaguarda de la vida de los rehenes, los factores que deben tomarse en consideración están en función a lo siguiente: *(i)* que se trató de catorce terroristas con entrenamiento continuo; *(ii)* que tenían armamento de guerra: fusiles AKM, un lanzacohetes RPG-7 y granadas de fragmentación, así corno eran quienes controlaban la instalación cuyo acceso habían minado —lo que les daba una singular ventaja estratégica-; qué se trataba de' setenta y dos rehenes de especial significación por sus connotaciones políticas internas e internacionales; *(iv)* que los comandos tenían armamento ligero y varios de ellos solo disponían de granadas aturdidoras, no de fragmentación como poseían los terroristas —así lo han reconocido, por lo menos, cinco comandos: William Córdova, Camino Antúnez de Mayolo, Bendezú Echevarría, Castañeda Sánchez y Alatrista Rodríguez (fojas mil diez, mil veintidós, mil ciento uno, mil ciento siete y mil doscientos treinta y siete)—; (y) que 'el' inmueble era extenso y con dos plantas, lo que obligó a la formación de varios Equipos y Grupos de acción para neutralizar a los terroristas y rescatar a los numerosos rehenes, en una operación que debía ser sorpresiva, rápida y efectiva.

Nada indica, corno consecuencia' del enfrentamiento habido, del fuego cruzado producido, del incendio y humo desatado en esas circunstancias,' y del resultado final, que medió un uso desproporcionado de la fuerza; menos, que era parte del Plan de Operaciones eliminar a los emerretistas, así se rindieran. Se previó un protocolo de acción en caso se rindieran los terroristas y resulten heridos. Los patrones lesionales de los terroristas caídos no sugieren otra conclusión que su muerte en combate, por fuego cruzado.

Un caso con connotaciones propias, sin embargo, es la muerte de Cruz Sánchez, sobre el que se examinará en un apartado específico.

VIGÉSIMO PRIMERO. Que cabe añadir, desde la perspectiva específica de una acción de rescate por Fuerzas Especiales frente, asimismo, a individuos integrantes de una organización terrorista, con entrenamiento militar, y en posesión y conocimiento de armas de guerra, que una operación militar será proporcionada cuando no ocasiona víctimas ni daños colaterales excesivos o innecesarios, en relación con el resultado global esperado. Si se toma en cuenta que solo un rehén falleció, dos comandos murieron, cinco rehenes resultaron heridos, quince comandos igualmente resultaron heridos y los catorce terroristas fueron abatidos, es razonable deducir que se empleó, incluso a partir del armamento utilizado por el Estado, la fuerza necesaria para liberar a los rehenes y poner fin al secuestro. Además, se alquilaron casas alrededor de la residencia del embajador del Japón, para disminuir sensiblemente o restar el daño colateral, esto es, que se extienda a otros civiles y otros inmuebles.

VIGÉSIMO SEGUNDO. Que, en esta perspectiva, los comandos, y quienes los dirigieron, actuaron en el estricto cumplimiento de un deber jurídico, de defensa de la sociedad, de restauración del orden público (artículo 20° numeral 8 del Código Penal), sustentada en razones de seguridad jurídica. Esta causa de justificación, desde la seguridad jurídica, se explica en la exigencia de una ausencia de contrariedad en el sistema jurídico. El ordenamiento jurídico, en estos casos concretos —como los que son materia de análisis— autoriza excepcionalmente una conducta que implica afectar bienes jurídicos de terceros, en razón a la existencia de un interés público predominante: defensa de la vida y libertad de los rehenes, en correspondencia con la afirmación de la seguridad ciudadana, frente al respeto de la vida o integridad corporal de los emeiTetistas. Los comandos y quienes lo dirigieron; dado lo ya expuesto, se mantuvieron dentro de lo que le impone el deber, por lo que su conducta está plenamente justificada. La finalidad del deber y la necesidad de realizar el acto típico, en cuanto parámetro del cumplimiento del deber, no han sido vulnerados, de ahí la plena vigencia de la referida causa de justificación [Conforme: GARCÍA CAVERO, PERCY. *Derecho Penal. Parte general.* Segunda Edición. Jurista Editores, Lima, dos mil doce, páginas seiscientos cuatro a seiscientos siete].

4. ***De la muerte de los agraviados Peceras Pedraza y Meléndez Cueva:***

VIGÉSIMO TERCERO. Que acerca de la muerte de los agraviados Peceros Pedraza y Meléndez Cueva, desde la acusación se destaca, primero, la versión del diplomático japonés Hidetaka Ogura; y, segundo, las características de las lesiones que presentan, las cuales no serían compatibles con la versión proporcionada por los comandos que indicaron que les dispararon.

Menciona la Fiscalía Superior *(i)* que cuando se lleva a cabo el rescate de Hidetaka Ogura, desde el segundo piso, al pretender descender por la escalera, al dar vuelta y mirar dentro del ambiente, observó como dos terroristas (un hombre y una mujer) habían sido capturados por los comandos, los cuales los tenían rodeados. Luego, los agraviados fueron encontrados muertos. Por otro lado, *(ii)* que las lesiones que presentan los dos emerretistas agraviados, con trayectoria de atrás hacia delante y de arriba hacia abajo, difieren de las versiones de los comandos que dicen les dispararon. Todo ello significa, a juicio del Ministerio Público, y también de la parte civil, que los dos agraviados fueron víctimas de ejecución extrajudicial.

VIGÉSIMO CUARTO. Que la sentencia recurrida destaca que Hidetaka Ogura no tuvo la visión suficiente para ver que los agraviados se rendían, pues la escalera se encontraba sostenida en la baranda metálica del balcón, de suerte que no tenía suficiente visión hacia el interior de la habitación, pues el ancho del muro que hace colindar la entrada a la habitación con el extremo de la reja de la baranda del balcón no lo permite. Es más, los rehenes eran evacuados, para su mayor seguridad, uno por uno. Si como Hidetaka Ogura indica, era el penúltimo rehén, y como aparece de lo actuado, el último rehén se aprestaba a bajar pero reingresa a la habitación por sus medicinas, ello significa que Hidetaka Ogura ya no estaba en el lugar o sea en pos de bajar la escalera.

Este planteamiento no es compartido por la jueza Lizárraga Hougthon, quien expresa que la observación de Hidetaka Ogura se produjo antes de subir la escalera, y su apreciación es coherente con las fotografías mostradas en el acto de la audiencia.

VIGÉSIMO QUINTO. Que Hidetaka Ogura declaró que después que los comandos intervinieron el cuarto "r —allí se encontraban como rehenes los magistrados; mientras que en el cuarto del, costado, el cuarto "H", estaban once ciudadanos japoneses, incluido el citado. Al hacerlo voltear a mirar hacia la entrada principal del cuarto "1" Observó que dos miembros del MRTA estaban rodeados por militares de estatura alta —una:de ellas era Cynthia—; que antes de bajar por la escalera portátil escuchó que Cynthia gritaba algo así como: *"No lo maten"* o *"No me maten"* [carta de fojas dos _mil ochocientos ochenta y siete, del veinte de agosto de dos mil uno; acta de interrogatorio de fajas diez mil cuatrocientos treinta y uno, confeccionada en Japón; y declaración plenaria.] Vía teleconferencia de fojas veinte dos mil novecientos noventa y cinco vuelta].

VIGÉSIMO SEXTO. Que para el juicio de credibilidad del testimonio de Hidetaka Ogura cabe tener en cuenta varios factores. Así: *(i)* Que recién hizo

saber lo ya expuesto en diciembre de dos mil, en una entrevista que salió publicada el dieciocho de diciembre de ese año en el diario *El Comercio;* es decir, tres años y ocho meses con posterioridad a los hechos, que por lo tardío de denunciar o poner en conocimiento público tan grave acontecimiento permite relativizar su versión; *(u)* que tanto Carlos Tsuboyama Matsuda (fojas ciento cuarenta y cinco y cinco mil doscientos treinta y siete) —que fue rehén del cuarto "H"— y los jueces supremos Montes de Oca (fojas ciento cincuenta), Pantoja Rodulfo (fojas ciento cincuenta y cinco y mil doscientos treinta y ocho) y Sivina Hurtado (fojas ciento setenta y cinco y veintidós mil ciento ochenta y tres) —que fueron rehenes del cuarto "I"—, corno los rehenes Giampietri Rojas (fojas ciento noventa y uno, seis mil ochocientos veinticinco y veintiún mil novecientos dieciocho) y Rosas Domínguez (fojas doscientos y diez mil seiscientos setenta y dos) —marino uno y policía otro, respectivamente—, acotaron que no pudieron ver nada porque había mucho humo, tanto por la balacera como por las detonaciones de bombas [Giampietri Rojas llegó a puntualizar que había muy poca visibilidad, mucho humo porque con las granadas el tapizón y las alfombras se quemaron]; *(iii)* que, en igual sentido, declaran los comandos del Grupo Delta ocho: Becerra Noblecilla (fojas mil treinta y dos), Moral Rojas (fojas mil cuarenta) y Huarcaya Lovón (fojas quinientos cincuenta y cuatro y siete mil trece), al expresar que no vieron nada por las detonaciones y humo; siendo de enfatizar que el rehén César Aguirre Legua perdió el conocimiento producto del humo negro que había en el interior de la residencia (fojas cuatro mil ochocientos ochenta y cinco); *(iv)* que, en línea de corroboración de la precisión que contiene la sentencia de instancia, el rehén Giampietri Rojas acotó que Hidetaka Ogura estaba en el balcón que da al cuarto "I", y bajaba al primer piso por las escaleras puestas por los comandos, no era posible que pudiera mirar hacia atrás.

VIGÉSIMO SÉPTIMO. Que un testimonio escrito de relevante significación es el proporcionado en el libro Rehén Voluntario del padre Juan Julio Wicht S. J. (Lima: editorial Alfaguara, mil novecientos noventa y ocho). En la acción de rescate —dice—no solo se produjeron explosiones, sino advirtió sonidos de granadas y metralletas, y producto de las explosiones vio el humo denso, oscuro, tóxico; humo que penetró las habitaciones y pasillos cubriéndolo todo, a tal punto que,_ echado en el suelo, pudo ver las botas de los comandos. Además, conforme pasaban los minutos, insiste, el humo seguía tan denso que hacia imposible saber qué ocurría a dos o tres metros de su rincón (fojas tres mil ochocientos ochenta y uno a tres mil ochocientos ochenta y cuatro).

Otro dato notable que aporta es que el comando que se le acercó lo había identificado. Ello le permitió comprender que los comandos prepararon todo al detalle, estudiaron cada rincón de la casa, y conocían y aprendieron los nombres de todos, además de sus caras (fojas tres mil ochocientos ochenta a tres mil ochocientos ochenta y siete).

VIGÉSIMO OCTAVO. Que no solo tres comandos —y no dos corno dice la sentencia recurrida— admiten que dispararon contra los terroristas agraviados en acto de combate, sino que todos los comandos niegan la escena que dice observó Hidetaka Ogura. En una entrevista periodística, ya citada publicada, en el diario *El Comercio,* cuyo texto corre a fojas mil trescientos dieciocho, hizo mención, algo contradictoriamente, que dentro de la residencia no logró ver completamente bien, aunque alcanzó a ver a dos terroristas que habían sido capturados. Todos los testigos apuntan que no podían ver por el humo y lo rápido de lo ocurrido —no es creíble que solo él observe lo que todos los que estaban allí no lo hicieron—. Este hecho, unido a que nadie escuchó gritos de rendición y a lo tardío de su denuncia, no permiten concederle credibilidad, ante la falta de datos, aunque sea periféricos, de corroboración. Además, dos rehenes de especial significación: Giampietri Rojas y Tudela van Breugel Douglas, expusieron en sus declaraciones que Hidetaka Ogura estaba muy vinculado a los emerretistas y que pasaba mucho tiempo con ellos, dato que —aunque no definitivo— contribuye a restar aún más la credibilidad a su testimonio. También disminuye su nivel de sinceridad el hecho de que mencionó en el acto oral [sesión sexagésima octava del veintitrés de abril de dos mil doce] que el Ministerio de Relaciones Exteriores del Japón obligó a todos los rehenes japoneses someterse a una terapia psicológica, lo que ha sido expresamente negado por el gobierno del Japón [Nota Diplomática de fojas veinticuatro mil ciento cincuenta].

VIGÉSIMO NOVENO. Que, de igual manera, la prueba médico forense no corrobora la imputación y lo expuesto por Hidetaka Ogura. Es más, la descarta definitivamente. No es correcto afirmar que al momento de recibir los disparos, las víctimas se encontraban incapacitadas. En efecto:

1. El Informe médico legal de fojas mil quinientos cuarenta y ocho, reproducido a fojas tres mil noventa y seis, puntualiza que por la multiplicidad de lesiones que presentan dichos agraviados y sus varias trayectorias, se trata de características observadas en los enfrentamientos de grupos armados, que utilizaron armas de fuego de disparos únicos o múltiple frecuencia (fuego cruzado).

2. La pericia de medicina forense de fojas mil quinientos cuarenta y ocho, reproducida a fojas dos mil setecientos cincuenta y ocho, ratificada en el acto oral, da cuenta de que no se comprobó evidencia de "tatuaje", por lo que no se puede determinar si el disparo se efectuó a corta o larga distancia.
3. Las pericias de balística forense de fojas dos mil setecientos cincuenta y ocho, dos mil setecientos veintinueve y dos mil setecientos treinta y cuatro establecen que los cadáveres de los dos agraviados no presentaron signos de disparo o cañón aplicado ni presentaron signos de Benassi —propios de disparos a corta distancia, que en restos óseos no desaparecen—. No se encontraron, por tanto, restos de disparos a corta distancia.
4. Las pericias enuncian, respecto a la posición de las víctimas en relación al tirador, que puede tratarse de combate cruzado y que los disparos no son de corta distancia. Además, revelan que los proyectiles que impactaron en las víctimas eran de nueve milímetros.
5. El Informe del profesor Derrick Pounder, igualmente, precisa que el patrón lesional en las trece personas fallecidas en conjunto es semejante y es conforme a lo que se esperaría de Un combate en espacio cerrado, en una situación de rescate de rehenes.
6. El Informe del Equipo Peruano de Antropología Forense (fojas mil quinientos cuatro) se menciona que es factible concluir, por lo menos en ocho de los catorce casos, en que las víctimas se habrían hallado incapacitadas al ser disparadas. La movilidad de la víctima fue mínima o igual a cero. No obstante, el perito José Pablo Baraybar Do Carmo, en sede sumarial y plenaria! (fojas cinco mil cuatrocientos ochenta y ocho y veintiún mil cuatrocientos treinta y siete), narra que el informe que elaboró conjuntamente con Clyde Collins Snow no hace referencia a la posición específica de la víctima en relación al victimario, y que el informe es de cuello y cabeza, y se tiene que leer en forma complementaria con el de medicina legal.
7. Esto último, es' criticado por Derrick Pounder, que lo califica de una debilidad fundamental e irrepetible, pues no es posible realizar una reconstrucción significativa de los disparos sin tomar en consideración las lesiones infringidas en el torso, así como en la cabeza y en el cuello del occiso. El Informe antes aludido es parcial, no torna en cuenta los hallazgos encontrados en las necropsias iniciales, cuando las personas

acababan de morir y las lesiones por proyectil de arma de fuego en la piel estaban disponibles para su examen y documentación.

§ 5. *De los agravios de las partes recurrentes.*

TRIGÉSIMO. Que a pesar que lo expuesto en los fundamentos jurídicos precedentes desestima la pretensión impugnativa de las partes acusadoras, al concluir que no existió una ejecución extrajudicial —cabe insistir que el caso de Cruz Sánchez (a) "Tito" tiene un encuadre especifico, que luego se analizará—, y que la operación militar Chavín de Huantar cumplió con los estándares del Derecho Internacional y con los propios del Derecho Penal nacional (los comandos militares —miembros del Ejército y de la Marina— y quienes los dirigieron —de uno u otro modo, los imputados a quienes se les atribuye autoría mediata e, incluso, a otros más desde diversas perspectivas jerárquicas en la cadena de mando— actuaron en cumplimiento de un deber jurídico), es menester responder algunos motivos —puntos o cuestiones planteados— de su pretensión en cumplimiento de los principios de exhaustividad y congruencia.

TRIGÉSIMO PRIMERO. Que una primera cuestión se refiere a que los cadáveres se llevaron al Hospital Central de la Policía Nacional del Perú y no, a la Morgue. Central de Lima. Ello, además, importó que se impida a los peritos de Criminalística de la Policía Nacional el acceso a la residencia del embajador del Japón. Todo lo cual implicaría una voluntad de ocultar o desaparecer las pruebas o vestigios de la comisión de delito.

Este motivo se desestima.

TRIGÉSIMO SEGUNDO. Que es cierto que el Decreto Supremo número cero 003-69-PM-JC, que aprobó el Reglamento de Necropsias, disponía que estas se realicen por los médicos legistas y que la necropsia comprende siempre la apertura de las cavidades craneales, pectoral y abdominal. Ello supone, corno es lógico, la intervención de la jurisdicción penal ordinaria.

No obstante, no sucedió así. En esa ocasión, no solo el ámbito territorial, donde se encontraba la residencia del embajador del Japón, estaba bajo el Estado de Emergencia —tal como ha sido puntualizado anteriormente— sino que la jurisdicción que la regía era la castrense; de conformidad con el artículo 10° de la Ley número 24150, de modo que la autoridad judicial militar era la competente para realizar los actos de investigación y levantamiento de los cadáveres.

Las primeras diligencias las hizo el Juez Militar, acompañado del fiscal militar, corno fluye de las dos actas respectivas: de intervención de las Fuerzas

del Orden en cumplimiento al Plan de Operaciones Chavín de Huántar, y de identificación y levantamiento de cadáveres de los delincuentes terroristas pertenecientes al Movimiento Revolucionario Túpac Amaru encontrados en la residencia del embajador del Japón, de veintidós y veintitrés de abril de mil novecientos noventa y siete, respectivamente.

TRIGÉSIMO TERCERO. Que es evidente que la norma que sustentó el concurso de la jurisdicción 'militar fue declarada inconstitucional y que, también posteriormente, la jurisprudencia tanto nacional [Sentencia del Tribunal Constitucional número 0010-2012/TC, del tres de enero de dos mil tres, párrafos noventa y cuatro al ciento nueve] como internacional consideró que las imputaciones acerca de crímenes contra los derechos humanos no pueden ser de conocimiento por la jurisdicción militar —esta línea jurisprudencial, luego de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [Sentencia Castillo Petruzzi versus Perú, del treinta de mayo de mil novecientos noventa y nueve, párrafos ciento veintiocho al ciento treinta] y del Tribunal Constitucional, está plenamente asumida por este Supremo Tribunal—. Como el análisis es *ex ante* y no *ex post,* no es posible cuestionar, aquí y ahora, la legalidad de esa decisión normativa y, luego, judicial de intervenir la justicia castrense, a los efectos de estimar que los imputados y otras altas autoridades, a sabiendas o dolosamente, negaron el acceso a la justicia penal ordinaria, el juez legal del caso, e impidieran una investigación alternativa e independiente de los hechos.

Dos datos pueden mencionarse. Primero, que los imputados actuaron —visto el encuadre normativo en el momento de la actuación— de buena fe, al definir la intervención de la jurisdicción militar y coordinar con ella, como se menciona en el Plan Operativo, por lo que, por tal razón, medió, en todo caso, error de prohibición invencible. Así las cosas, no es posible sostener desde el Derecho Penal que se actuó delictivamente. Segundo, que las denuncias sobre ejecuciones extrajudiciales recién se produjeron, por obra del diplomático Japonés Hidetaka Ogura, el dieciocho de diciembre de dos mil a un medio de comunicación social —*El Comercio*—, no a la Fiscalía, y las 'denuncias formales de los familiares de las víctimas el cuatro de enero de dos mil uno: tres años y ocho meses después de los hechos. Inicialmente, las actas de la jurisdicción castrense, ya mencionadas, no dan cuenta de dato relevante alguno que importo indicio de criminalidad; incluso de Cruz Sánchez se menciona que tenía una granada en la mano que no llegó a lanzar [folio siete del acta respectiva].

TRIGÉSIMO CUARTO. *'Que* mal se puede 'sostener, entonces, que estaba preestablecido un procedimiento para ocultar una voluntad delictiva de

ejecuciones extrajudiciales dispuestas por las más altas escalas de la cadena de mando. El noveno principio, relativo a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias ó sumarias, aprobado por el Consejo Económico y Social en su Resolución número Mil novecientos ochenta y nueve diagonal sesenta y cinco, del veinticuatro de mayo de mil novecientos ochenta y nueve, estipula que se procederá a una investigación exhaustiva, inmediata e imparcial, de todos los casos en que haya sospecha de ejecuciones, incluidos aquellos en los que las quejas de parientes u otros informes fiables hagan pensar que se produjo una muerte no debida a causas naturales en las circunstancias referidas. La investigación es la que ha dado lugar a este proceso, ya con intervención de la justicia penal ordinaria, independiente, objetiva e imparcial, frente a las denuncia de ilicitudes penales.

TRIGÉSIMO QUINTO. Que resta deslindar la denunciada influencia negativa de las necropsias realizadas en el Hospital Central de la Policía Nacional del Perú. Si bien las necropsias inicialmente elaboradas no fueron completas y se ha explicado que la autopsia es parcial cuando se tiene la certeza diagnóstica de que la causa de muerte está localizada en algún órgano del Cuerpo humano [ver necropsias preferenciales de los tres agraviados de fojas mil setecientos nueve, mil setecientos doce y mil setecientos trece, analizadas por los pertinentes informes médico-legales de fojas mil quinientos cuarenta y ocho y siguientes], es de acotar que la orden de realización de las pericias provino de la autoridad judicial militar, orden que cumplieron los médicos del Hospital Central, en cuyo resultado el Jefe del Departamento de Anatomía Patológica cumplió con ratificarse —atento a su carácter de pericia institucional—, corno se advierte de las declaraciones de fojas trescientos sesenta y uno, trescientos noventa y siete y trescientos setenta y dos, en concordancia con los médicos de sanidad que participaron en las necropsias, que declararon a fojas cuatro mil setecientos ochenta, cuatrocientos setenta y seis y cuatrocientos ochenta y dos.

Las opiniones forenses del Instituto de Medicina Legal sostienen que tales necropsias no aportaron datos conclusivos sólidos [ver observaciones del Informe Médico Legal de fojas mil quinientos cuarenta y ocho]. Además, luego se dispuso el entierro de once cadáveres corno NN en diversos cementerios de la ciudad.

En el primer caso, a los efectos de determinar las causas - de la muerte, aunque se oscureció parcialmente un correcto resultado forense, posteriormente se realizó la exhumación de cadáveres [ver Partes de fojas dos mil quinientos treinta y siete, dos mil quinientos cuarenta y dos mil quinientos cincuenta y dos,

así como protocolos de exhumación de fojas tres mil trescientos dos, tres mil trescientos trece y tres mil trescientos noventa y cinco] y se emitió el Informe de Medicina Legal de fojas mil quinientos cuarenta y ocho, que ha permitido determinar la existencia de un "fuego cruzado".

Cabe destacar que Baraybar Do Carmo, experto del Equipo Peruano de Antropología Forense, que por lo demás no es una institución de carácter oficial —no son expertos habilitados y sometidos a la carrera administrativa integrada al Instituto de Medicina Legal, encargados por ley de este tipo de pericias forenses— señaló que no puede afirmar la posición en que se encontraban los tres agraviados. A lo mucho puede establecer un patrón de conducta, de cómo ingresó la bala; mas no dice, en algún momento, cómo fueron victimados los terroristas.

De ser así, en lo que es relevante a los efectos de esta causa, tales limitaciones, suplidas en lo esencial con las diligencias forenses realizadas en el proceso, no son significativas ni permiten sostener que sus deficiencias determinaron una pérdida total del material probatorio que impidió una conclusión científica aceptable de los hechos. Por último, cabe puntualizar que el entierro de cadáveres como NN solo se produjo respecto de aquellos que no fueron identificados. De tres de ellos, previa identificación, se entregó los cadáveres a sus parientes, incluyendo el del jefe terrorista Cerpa Cartolini (a) "Evaristo" —el resto eran Cruz Sánchez y Rolly Loli Fernández—[ver Memorando de fojas Un mil setecientos cincuenta y cuatro].

TRIGÉSIMO SEXTO. Que la Fiscalía Superior denuncia la inaplicación del artículo 19° del Código de Justicia Militar, pues se cumplió con ejecutar órdenes notoriamente ilícitas. El citado Código, a diferencia del Código Penal común, añade el requisito de que la orden no debe ser notoriamente ilícita. Es claro, sin embargo, *(i)* que el artículo 20°, inciso 9, del Código Penal, supone, de acuerdo con la Constitución, que no existe el deber de cumplir órdenes ilícitas, y *(ii)* que la locución "notoriamente ilícita" alude, en principio, a los delitos más graves (un asesinato, sin duda, lo es), los mismos que constituyen una violación a las reglas fundamentales de la convivencia social [Conforme: HURTADO Pozo. *Manual de Derecho Penal.* Tercera edición, Grijley, Lima, dos mil cinco, páginas quinientos ochenta y cuatro a quinientos ochenta y cinco].

Tal motivo no puede prosperar.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO. Que, en efecto, la denuncia de inaplicación de la norma material parte de entender, con carácter previo, que se produjeron ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias por parte de las Fuerzas Especiales y por mandato de los imputados. Lo analizado en la tercera y cuarta sección de la parte Fundamentos de Derecho de la presente Ejecutoria Suprema, y lo indicado

en los fundamentos jurídicos quinto al séptimo de esta misma Parte, constituyen motivación razonada y razonable suficiente y a ella se ha referido la sentencia de instancia.

Cabe sí destacar, primero, que exiáterprueba testifical y docuiriental' 'que revela no solo la exigencia dé las 'autoridadeá del respeto de los derechos humanos [véase fojas seis mil setecientos treinta y nueve, seis mil setecientos cincuenta y uno, seis mil setecientos' cincuenta y siete y seis mil setecientos setenta y cuatro] y que incluso en los planes de 'ejecución sé tenía prevista la 'posibilidad de rendición y la forma en que debía proceder frente 'a ellos "Véase declaraciones de los comandos de fojas quinientos Veinte y Siete, quinientos veinte - y ocho, quinientos cuarenta y cinco, quinientos sesenta y tres, quinientos setenta y seis, seis mil noventa y dos, novecientos dieciséis y siete mil trece]; Segundo, decir que no se contaba con instrumentos para asegurar a un' tendido o capturado, en el contexto de una operación de Fuerzas Especiales de rescate de rehenes 'y según la 'forma corno se llevó a cabo, con Secuestradores terroristas que anunciaron enfrentamientos armados y que en el acto de la acción e rescate' se luchó con los comandos, no tiene solvencia técnica ni rigor para analizar operaciones de esta naturaleza:

TRIGÉSIMO OCTAVO. Que es importante precisar que los actos permitidos por el ordenamiento comprenden dos requisitos y exigen tres condiciones para su debida aplicación [Conforme: Sentencia del' Tribunal Supremo Español del cuatro de noviembre de mil novecientos noventa: y cuatro]. El primer requisito es que el sujeto activo sea tina autoridad o funcionario público autorizado por las normas jurídicas a hacer uso de medios' letales, y el segundo es que el hecho típico se haya producido en el ejercicio de sus funciones; sin duda, se trató de una operación militar de rescate que, dadas las circunstancias, era de indispensable realización y estaba conforme con el ordenamiento jurídico.

La primera condición, en cuanto a la conducta del agente oficial, es que para el cumplimiento de su deber tenga necesidad de hacer uso de medios violentos. La segunda es que se utilice el medio violento menos peligroso y del modo menos lesivo posible en consideración a las circunstancias. Y la tercera estriba en que sea proporcional la violencia utilizada en relación con el hecho que origina la intervención de las Fuerzas Especiales. Esas condiciones ya han sido analizadas. La necesidad de la operación militar de rescate se dio cuando se frustró la negociación y se contaba con información de una conducta agresiva de los secuestradores contra los rehenes, además se utilizó armamento de guerra ligero y las técnicas militares de dominación de inmuebles y de tiro instintivo selectivo,

frente a terroristas fuertemente armados y decididos, corno en efecto hicieron, al enfrentarse a los comandos.

TRIGÉSIMO NOVENO. Que la Fiscalía Superior, como tercer motivo, establece que se vulneró el juicio de fiabilidad al valorar dos informes técnicos, médicos forenses, presentados por la Procuraduría del Estado del Ministerio de Defensa de los doctores Juan Manuel Cartagena y Derrick Pounder.

El motivo no puede tener éxito.

CUADRAGÉSIMO. Que, en principio, los informes en cuestión han formado parte de las actuaciones. El del profesor Derrick Pounder (fojas veinticuatro mil ciento cincuenta y cinco) fue admitido por decisión dictada en audiencia y oralizado (fojas veinticuatro mil trescientos treinta y siete). Los dos Informes del médico forense español Juan Manuel Cartagena (fojas veintitrés mil seiscientos treinta y dos y veintitrés novecientos noventa y nueve), si bien medió oposición de la parte civil, la Sala los admitió y oralizó a fojas veintitrés mil setecientos cincuenta y uno y veinticuatro mil ciento seis. La oposición, en este caso, carece de virtualidad. Se trata de documentos, sin duda técnicos, cuyo análisis está reservado a las partes y, fundamentalmente, están sujetos a la verificación jurisdiccional.

Si bien fueron considerados como "documentos ilustrativos", tal carácter ilustrativo o no otorgado por la Sala Sentenciadora es irrelevante, en tanto que puede ampararse en él, como prueba documental —no puede ser otra cosa que un medio de prueba, ni siquiera atípico—, para examinar, con arreglo a la sana crítica racional —a la luz de la experiencia, la lógica y el recto entendimiento humano, que apuntan a una justificación racionalL, las pericias médico y antropológico forenses. Son puntos de apoyo técnico que extienden el espectro del análisis que debe hacerse de toda pericia y, como tal, tienen un carácter complementario (uno de los elementos que compone el concepto mismo de sana crítica es el de los conocimientos científicamente aceptados socialmente, de ahí que toda información que permita profundizar en este análisis no puede dejar de tomarse en cuenta).

En tanto la meta del proceso es el esclarecimiento sobre el hecho y la responsabilidad atribuida a los acusados, negar su análisis contraría ese objetivo, constitucionalmente legítimo. Cabe añadir que las conclusiones periciales serán obviamente más confiables cuando se vean armoniosamente corroboradas por el resto del material probatorio incorporado a la causa; cuando concuerde con el dicho de los testigos, documentos y demás constancias, su eficacia aumenta [JAUCHEN, EDUARDO. *Tratado de Derecho Procesal Penal.* Torno III,

Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, dos mil doce, páginas cincuenta y cinco y cincuenta y nueve].

En tanto los informes fueron ofrecidos por parte legitimada y constan en las actuaciones que no se afectó el derecho de defensa ni el principio de contradicción. Muy bien pudieron hacer referencia a ellos en la fase respectiva y, concretamente, en los alegatos. Corno ha estado disponible en las actuaciones, examinarlos constituye una labor que hace compatible la valoración de la prueba con el principio de exhaustividad, en cuya virtud todos los elementos probatorios integran una unidad y el juez debe analizarlos y comprobar su vinculación, o los grados de conformación o rechazo de las hipótesis en juego [T? Tv-, ERA MORALES, RODRIGO. *La prueba: un análisis racional y práctico.* Marcial Pons, Madrid, dos mil doce, páginas, doscientos cuarenta y uno a doscientos cuarenta y dos].

CUADRAGÉSIMO PRIMERO. Que la Fiscalía Superior denuncia, como cuarto motivo, que el acta de identificación y levantamiento de los cadáveres de los delincuentes terroristas no fue realmente firmado por los peritos que participaron en dicha diligencia, pues fueron impedidos de ingresar a la residencia, acta que firmaron en lugares y momentos distintos. Estima, por consiguiente, que carece de eficacia y es inválida por vicios insalvables.

El motivo carece de consistencia para ser aceptado.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO. Que se trata de un acta judicial, realizada al día siguiente de la operación Militar de rescate por el Juez Militar, en compañía del fiscal militar, y refrendada por el Secretario Letrado. Cabe significar, primero, que la diligencia Materia del acta 'de intervención de las Fuerzas del Orden de fojas un mil ochocientos uno, levantada el mismo día de la operación militar de rescate, tuvo que suspenderse porque existía peligro para la seguridad del personal judicial porque "[...] se tenía conocimiento de qué lugares estratégicos de la residencia se encontraban minados y con trampas cazabobos.

Segundo, que la diligencia de identificación y levantamiento de Cadáveres, materia del acta de fojas un mil ochocientos seis y siguientes, fue dirigida por el juez Militar, con intervención del Fiscal militar, y refrendada por el Secretario Letrado. En las páginas siete y 'odió se precisó que la diligencia iniciar se suspendió por la presencia de artefactos explosivos que el personal especializado desactivó —lo que confirma este aserto, que tipifica una causa de 'fuerza Mayor insuperable para no continuar ese mismo día la diligencia judicial:-. En la página ocho del acta en cuestión, se anotó que el Juez Militar dispuso 'el levantamiento de los cadáveres y ordenó el traslado de los mismos al Hospital Central de la Policía Nacional pata

las autopsias respectivas, así como (que los funcionarios judiciales se constituyen a dicho hospital y se ordenó al médico de Patología, comandante PNP Herbert Ángeles Villanueva, practique las necropsias de ley, igualmente dispuso que personal especializado realice la identificación respectiva de los cadáveres. Esa acta fue firmada, además del personal judicial, por seis miembros de la PNP: dos peritos dactiloscópicos, dos odontólogos y dos oficiales médicos de Anatomía Patológica del Hospital Central de la Policía Nacional. La Nota Informativa de fajas un mil setecientos, da cuenta del traslado de los cadáveres de los terroristas al Hospital Central de la Policía Nacional del Perú. Por orden del Juez Militar no se realizaron actas de Inspección Técnica Policial (Informe Policial de fojas un mil seiscientos noventa y siete). Las necropsias se remitieron conforme aparece del oficio de fojas un mil setecientos siete, del treinta de junio del dos mil uno, cursado por el Director General del referido Hospital Central. El Jefe del Departamento de Anatomía Patológica, en su ampliación de manifestación de fojas un mil doscientas setenta y nueve, informó de la actividad que le tocó cumplir, por orden judicial, al Hospital Central, al punto de concluir que los catorce cadáveres muestran disparos a larga distancia.

Los peritos de dactiloscopia cumplieron con su rol al tomar las huellas de los cadáveres, aunque según menciona uno de ellos se le obligó firmar el acta judicial de levantamiento de cadáver [ver declaraciones de fojas trescientos setenta y siete y trescientos ochenta y cinco]. Este último dato no es particularmente significativo, porque solo está referido al mandato judicial y al momento en que el Juez Militar se trasladó al Hospital Central de Policía, no a toda la fase previa y esencial, de lo que se halló en el teatro de los hechos y su descripción. El traslado se cumplió, se acató la orden judicial y las pericias anatómicas se realizaron,

CUADRAGÉSIMO TERCERO. Que el motivo por el cual el acta de levantamiento de cadáver culminó al día siguiente está absolutamente justificado. No puede formularse reparo por esa circunstancia de fuerza mayor. Es evidente que la escena de los hechos fue removida, pues se requería auxiliar a los heridos, apagar el fuego y, luego, revisarla para eliminar el peligro de artefactos explosivos [declaraciones de efectivos de la Unidad de Desactivación de Explosivos Reyna Zelada y Párraga Zapatero, de fojas quinientos quince y quinientos veinte]. Nada indica que durante ese lapso manos extrañas alteraran dolosamente el teatro de los hechos para ocultar ilicitudes penales. Recuérdese que el inmueble constituía un recinto diplomático, lo que contribuía a las exigencias de mayor cuidado y a coordinaciones con el personal diplomático japonés. Luego de la operación de rescate no ingresaron personas ajenas a la residencia, apuntó el

general PNP Gamero Febres, encargado de la custodia [declaración sumarial de fojas once mil ochocientos cincuenta y ocho].

Determinados cuestionamientos a la última acta, acerca de la firma del personal del Hospital Central de la Policía Nacional del Perú y de Criminalística de la propia Policía Nacional del Perú, aun cuando completan la actuación judicial, no son relevantes respecto del propio levantamiento de cadáveres y de la específica descripción del teatro de los hechos, que solo corresponde definirlo a la autoridad judicial. Los peritos habían intervenido, según el acta, recién cuando el personal judicial se trasladó al Hospital Central: cabe señalar que se trasladó a los cadáveres, que las autopsias se realizaron en ese hospital y que las huellas se tomaron.

CUADRAGÉSIMO CUARTO. Que la Fiscalía y la parte civil insisten en que se produjo una "cadena de mando paralela", que partía desde el presidente Fujimori Fujimori, el jefe del CCFFAA Hermoza Ríos, el asesor presidencial Montesinos Torres, el comandante general de la DIVFFEE Jaime Patiño, el jefe de la Patrulla Tenaz y los miembros del SIN, Huamán Ascurra y Zarnudio Aliaga. Los efectivos del SIN, con Montesinos Torres como eje rector y la intervención del general EP Hermoza Ríos, tenían injerencia de facto en la operación militar, al punto que se encargaron de matar a los subversivos que quedaban vivos.

Se parte de la afirmación de que Montesinos Torres integraba el COT; que él coordinaba directamente con el presidente Fujimori Fujimori y recibía informes de los tenientes coroneles EP Huamán Ascurra y Zamudio Aliaga. La cadena de mando paralela era conocida por el general EP Jaime Patiño y el coronel EP William Zapata. A través de la cadena de mando militar llegó la información de los tres detenidos y fue al más alto nivel que se decidió la muerte de los rendidos por las instancias ejecutoras. Este motivo no es viable.

CUADRAGÉSIMO QUINTO. Que, como es evidente, todos los integrantes de la Patrulla Tenaz han negado vínculo alguno con los miembros del SIN, al punto de estar supeditados a ellos o, cuanto menos, entregarle a los emerretistas rendidos para su ejecución extrajudicial. Esa negativa alcanza a los jefes de la cadena de mando militar. En las operaciones propiamente militares de rescate no participó Zamudio Aliaga, tal corno declara el suboficial PNP Raúl Robles Reynoso, en su testimonial sumarial de fojas once mil novecientos cinco. Zamudio Aliaga mencionó que solo ingresó después de terminada la operación de rescate para ayudar a la evacuación de heridos y rehenes, y su posición de mando estaba ubicada en el exterior de la residencia [manifestación de fojas un mil trescientos dos]. El suboficial de tercera PNP Marcial Teodorico Torres Arteaga apuntó que terminado el operativo, los efectivos del SIN ayudaron a que

los rehenes salgan de los túneles; a estos mismos les correspondió la filmación del operativo [declaración de fojas seis mil quinientos cinco]. Montesinos Torres, en el momento de la operación, se encontraba en el SIN, como declaró el efectivo de inteligencia Alejandro Montes Walters [instructiva de fojas seis mil seiscientos], luego de lo cual se desplazó a la residencia [instructiva de Javier Pérez Pezo de fojas seis mil seiscientos dieciséis].

El teniente coronel EP Pajares del Carpio es enfático: no tenían que obedecer ninguna orden de Huamán Ascurra —quien se encontraba en el Bunker, en la Casa número uno, cuando se produjo el operativo [declaración del Suboficial PNP Churata Apaza de fojas seis mil cuatrocientos noventa y seis], ni Zamudio Aliaga, porque no figuraban en la línea de comando, a quienes ni siquiera vio durante la operación [declaración de fojas tres mil veintisiete].

CUADRAGÉSIMO SEXTO. Que no hay duda de la intervención en el COT de Montesinos Torres, por orden del presidente Fujimori Fujimori. El SIN realizó, además, tareas de información, interceptación telefónica, comunicación con rehenes y análisis de la información acopiada, así como la elaboración de maquetas de la réplica de la embajada y la construcción de túneles. Tenía a su cargo, además, la custodia y control de las casas aledañas a la residencia, la filmación y tomas fotográficas de lo sucedido en la operación, y el apoyo en el traslado de heridos —Ramos Viera, del SIN, agregó que también les correspondió la logística: uniformes, materiales y municiones para las Fuerzas Especiales [fajas quinientos ochenta y tres]—. Los mecanismos de comunicación eran propios para cada institución: los comandos y sus mandos, y del SIN y sus mandos.

Aclaró Hermoza Ríos que Montesinos Torres llegó luego de que acabó la operación Chavín de Huántar y no tenía ningún mando sobre las fuerzas de intervención y, por ende, no podía dar órdenes [declaración plenarial de fojas veinte mil quinientos veintisiete]. El general EP Jaime Patiño, comandante general de la DIVFFEE, precisó que no recibió información de Montesinos Torres durante el desarrollo de la operación. La no injerencia de Montesinos Torres en el aspecto militar es afirmada por el coronel EP Williams Zapata en su declaración sumarial de fajas once mil quinientos sesenta y seis y en su declaración plenarial de fojas veintiún mil seiscientos setenta y ocho.

El suboficial PNP Olivares Príncipe que estaba como personal de seguridad en la Casa número tres, bajo el mando del suboficial PNP Clavijo Arrece, se limita a decir que Montesinos Torres estaba a cargo de la operación. Esa información, por provenir de un suboficial con un puesto menor en la operación no tiene mayor fundamento, tanto más si Clavijo Arrece no la corrobora, quien además alude a la

ausencia de Huamán Ascurra ese día [fojas un mil ciento cuarenta y un mil ciento cincuenta y nueve]. El técnico de tercera EP Tolentino Tapia, en su manifestación de fojas seiscientos diez y testifical de fojas seis mil trescientos setenta y cuatro sostiene, primero, que era el encargado de filmar el operativo, que la información la revisaba y evaluaba el teniente coronel EP Huamán Ascurra, y que el día del rescate Huamán Ascurra y el coronel EP William Zapata informaban todos los detalles a Montesinos Torres; y, segundo, que Huamán Ascurra y William Zapata estuvieron en los puestos de comando, pero quien comunicaba lo ocurrido a Montesinos Torres era el primero, que ingresó a la vivienda inmediatamente después de cesar el combate para filmar, y que Huamán Ascurra estaba a cargo de la operación de inteligencia.

Esta última declaración no es uniforme, aunque confirma lo que todos han expresado: Huamán Ascurra tenía a su cargo labores típicamente de inteligencia, y que él daba cuenta a Montesinos Torres —su grado y puesto de ocupación, sin duda, no le permitía acceso a las líneas más delicadas de comunicación durante la operación militar—. No está probada una interferencia del área de inteligencia del área de intervención propiamente dicha, menos que Montesinos Torres, por encima del jefe del CCFFAA y del comandante general de la Primera DIVFFEE cursara órdenes a William Zapata, jefe de la Patrulla Tenaz. Corno ha quedado establecido, a partir del análisis que se ha efectuado, no se produjo, respecto de los emerretistas Meléndez Cueva y Peceros Pedraza una ejecución sumaria o arbitraria.

CUADRAGÉSIIVIO SÉPTIMO. Que los documentos fílmicos se entregaron a Montesinos Torres, pero no se ha podido contar con ellos: han desaparecido. Sin embargo, tal circunstancia y determinadas afirmaciones, no uniformes y sin contrastar, no permiten sostener que existía un comando paralelo, por lo demás de muy difícil presencia en el curso de una operación militar —compleja y de gran precisión, cuyo éxito dependía de una sola orden centralizada del más alto nivel de la cadena de mando-- que alcanzó los resultados esperados. La declaración plenarial del ministro de defensa Aurelio Loret de Mola de fajas veintiún mil cuarenta y ocho, como anota el Fiscal Supremo, formulando interrogantes y descalificaciones a los integrantes del SIN, es solo una apreciación que en el contexto del caso y en el marco de las investigaciones judiciales realizadas no consolida los cargos de la existencia de una línea de mando paralela y una misión específica por aquella de eliminar emerretistas heridos o capturados.

CUADRAGÉSIMO OCTAVO. Que la Fiscalía, en línea de acreditación de los hechos, como quinto motivo, menciona que, a falta de prueba directa, se debió recurrir a prueba indiciaria. La acusación recurrió a ese tipo de prueba,

lo que le permitió estimar, primero, que existió una línea de mando paralela y, segundo, que se ejecutó arbitrariamente a tres emerretistas rendidos y capturados.

Tampoco este motivo es viable.

CUADRAGÉSIMO NOVENO. Que, por lo demás, es claro que en el presente proceso —o en otros— a falta de prueba directa, también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento de condena sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia. Cabe recordar que en el *sub lite* se tiene, siempre desde la perspectiva de las partes acusadoras, tres testimonios sobre hechos inmediatamente previos a la muerte de los tres emerretistas agraviados y prueba pericial forense sobre las lesiones por proyectil por arma de fuego que registran los aludidos agraviados, así como datos subsecuentes al hecho —lógicas de encubrimiento real— que fundan la pretensión acusatoria.

Otro terna es, corno se ha dejado claro, que tales datos o informaciones no son indicios —ante su falta definitiva de acreditación—, menos graves y concordantes, respecto de las que no es posible hacer uso de una inferencia correcta, la cual necesariamente debe partir de realidades constatables.

QUINCUAGÉSIMO. Que la prueba por indicios requiere, corno es sabido, *(i)* que los indicios —su objeto no es el directamente final de la prueba: la conducta delictiva— se basen en hechos plenamente probados y no en meras sospechas, rumores o conjeturas; y, *(II)* que los hechos constitutivos de, delito y la participación de los acusados en el mismo, se deduzcan de los indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, detalladlo en la sentencia condenatoria.

El control impugnativo de la racionalidad y solidez de la inferencia puede efectuarse tanto *(i)* desde el· canon de su lógica o coherencia —de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho de que se hace desprender de ellos no conduzcan naturalmente a el-, como *(ii)* desde el de su suficiencia o carácter concluyente —no siendo razonable cuando la inferencia es excesivamente abierta, débil o imprecisa— ha de rechazar no solo los supuestos de inferencias ilógicas o inconsistentes, 'sino también las inferencias no concluyentes, incapaces también de convencer objetivamente de la razonabilidad de la plena' convicción judicial,

QUINCUAGÉSIMO PRIMERO. Que, en el presente caso, la versión de Hidetaka Ogura, respecto de los agraviados Meléndez Cueva y Peceros Pedraza, no es creíble y no tiene puntos de corroboración; es decir, no constituye indicio, probado y concluyente y, menos, grave. Las pruebas de descargo enervan la atendibilidad de su versión. Por otro lado, las pruebas forenses hacen mención,

finalmente, a un fuego cruzado, en combate, no a una ejecución sumaria de unos emerretistas vencidos y desarmados.

La proporcionalidad y plena racionalidad de la operación Chavín de Huántar, unida a sus resultados, impiden considerar que formó parte de su ejecución, con el concurso de otros efectivos, propiamente los de inteligencia, el matar alevosamente a los emerretistas capturados. No está probado que se instituyó una cadena de mando paralela a la propiamente militar en la dirección y ejecución de la operación militar de rescate a fin de dar muerte a los emerretistas que pudieran resultar heridos o ilesos luego de la operación de rescate. De ser así, tampoco puede admitirse que se pretendiera generar mecanismos de impunidad al borrar los vestigios materiales y el cuerpo del delito. La actuación de la justicia militar —más allá de la jurisprudencia ulterior a la ley de la materia en sentido negativo a esa regulación— fue inmediata y el presente proceso revela que se efectuó un conjunto de actos de esclarecimiento para determinar si hubo o no ejecuciones sumarias o arbitrarias, como pauta o línea acción de las máximas autoridades del Estado, de las Fuerzas Armadas y el aparato de inteligencia.

En tal virtud, los puntos de partida de la acusación se basan en meras conjeturas y las inferencias utilizadas son inconsistentes y no concluyentes.

QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO. Que la Fiscalía Superior, como sexto motivo, enfatiza que los asesinatos materia de acusación, desde el Derecho Internacional, son delitos de lesa humanidad y, como tales, debieron calificarse.

El problema, en principio, no es de si se acepta o no esa categoría jurídico penal internacional, sino si, en efecto, en virtud a las pruebas actuadas y al marco fáctico específico, con sus implicancias internacionales, los hechos, que importarían la ejecución sumaria de tres emerretistas, pueden calificarse de delitos de lesa humanidad según el Derecho Internacional.

No es así. Por tanto, este motivo decae también.

QUINCUAGÉSIMO TERCERO. Que desde el año mil novecientos cuarenta y cinco [artículo seis, numeral e) del Estatuto del Tribunal Militar de Nüremberg] se tiene una definición de los elementos del tipo legal de lesa humanidad en el Derecho Internacional Penal, que ha adquirido una mayor concreción, por ejemplo, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (suscrito el diecisiete de julio de mil novecientos noventa y ocho en Roma y vigente desde el primero de junio del dos mil dos) —en adelante, ECPI—, lo cual no quiere decir, desde luego, que desde su vigencia pueden ser invocados por los Estados, pues el Estatuto de Roma regula el ámbito de competencia material y temporal de la Corte Penal Internacional (artículos cinco y once del ECPI); no crea e incorpora

al ordenamiento internacional tal tipo legal, pues el delito de lesa humanidad, desde mil novecientos cuarenta y cinco, forma parte de la costumbre jurídica internacional, fuente del Derecho Internacional. La omisión del Estado peruano en este ámbito es patente.

Los elementos del tipo legal internacional de lesa humanidad son:

1. El comportamiento típico, en el que destacan los denominados "elementos de contexto" requieren de la existencia de un ataque y que este sea generalizado o sistemático. En primer lugar, debe configurarse una línea de conducta que implique la comisión de múltiples actos de asesinato, exterminio, esclavitud, entre otras formas delictivas. En segundo lugar, el ataque debe realizarse a gran escala —es una acción. masiva o frecuente— contra un número importante de personas atacadas o a múltiples víctimas. En tercer lugar, los actos de violencia deben tener una naturaleza organizada —política común o plan preconcebido, que supone la existencia de importantes recursos públicos o privados—, al punto que es improbable su ocurrencia esporádica.

2. Sujeto pasivo. El ataque está dirigido contra la población civil. esta puede ser definida como el conjunto de individuos que ocupan un espacio geográfico determinado, ajenas completamente a las hostilidades. Pero no solo comprende a los no combatientes, sino a los que no forman parte de las hostilidades por haber depuesto las armas, por encontrarse enfermos o detenidos. Los integrantes de las fuerzas armadas o paramilitares serán calificados como población civil siempre que no ejecuten ataques contra los bienes jurídicos penales y que no estén inmersos en las hostilidades.

3. Sujeto activo. El funcionario estatal que cumpla o promueva una política de Estado de violación de derechos humanos o el miembro de una organización destinada a violar derechos humanos. Sus actos han de ser parte del ataque. Su finalidad es excluir los actos aislados; es decir, cuando tengan que ver tan poco Con el ataque, considerando el contexto y las circunstancias en que fue cometido.

4. Conocimiento del ataque. El autor debe saber que existe un ataque contra la población civil -no es necesario que el perpetrador tenga un conocimiento detallado del ataque y sus motivos no son relevantes ni que comparta la finalidad del ataque, pues puede hacerlo por razones

meramente personales-, y que su acto individual forma parte de aquél. Debe conocer el contexto del ataque, que ha de ser generalizado o sistemático contra una población civil.

QUINCUAGÉSIMO CUARTO. Que, en el presente caso, la operación militar de rescate, más allá de la calificación que merezca el régimen del presidente Fujimori Fujimori —sobre la que incide la acusación y la parte civil—, no constituyó, para el Derecho Internacional Penal, un delito de lesa humanidad pues, fundamentalmente, carece de los *elementos configuradores generales,* también denominados *elementos de contexto,* para ser calificado como tal. No se trató de un ataque sistemático y generalizado, sino una operación de rescate focalizada que cumplió su finalidad: rescatar rehenes sometidos a esa condición por integrantes del MRTA. Los resultados de la acción de rescate no importaron un ataque generalizado, de grandes proporciones —que puedan enlazarse con otros hechos atribuidos a los órganos de poder en ese periodo—, ni se llevó a cabo mediante un plan común para matar, de modo sistemático, a los emerretistas, quienes por lo demás no pueden calificarse de población civil: no se rindieron ni depusieron las armas —es de insistir que un caso singular es el de Cruz Sánchez (a) "Tito"—. Los planes de operaciones, los entrenamientos realizados, las labores preparatorias, el hecho de que varios comandos resultaron heridos —al punto que uno de ellos sufrió la amputación de una pierna— y dos fallecieron en acto de combate, da cuenta de que se trató de un enfrentamiento, luego de agotarse todas las posibilidades de diálogo pacífico, pese a que se acudió a la comprensión de otros países. Además, había directivas acerca de cómo tratar a los terroristas capturados y heridos.

Más allá de esta conclusión es pertinente reafirmar, con arreglo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en especial la *Sentencia Almonacid Arellano versus Chile,* del veintiséis de septiembre de dos mil seis, y *Barrios Altos versus Perú,* del catorce de marzo de dos mil uno, que estos delitos proscriben las disposiciones de amnistía, las disposiciones sobre prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que impidan la investigación y sanción de las violaciones graves de los derechos humanos.

QUINCUAGÉSIMO QUINTO. Que como el Perú no tiene tipificado expresamente el tipo legal de delito de lesa humanidad, ha de acudirse a lo que se denomina "doble subsunción". Esta figura se da cuando la conducta se adecúa a un delito nacional y, paralelamente, a las normas internacionales, a fin de calificarla como crimen de lesa humanidad, de suerte que se da pleno efecto al régimen jurídico especifico de los crímenes internacionales. La falta de

tipificación nacional, por tanto, no elimina el carácter de crimen internacional de la conducta en cuestión, al punto de reconocerse en sede interna, por mandato internacional, la no aplicabilidad de normas sobre prescripción, amnistía o cualquier otro tipo de medidas que disuelvan la posibilidad de reproche.

Por otro lado, aun cuando una violación de derechos humanos no pueda subsumirse en un delito de lesa humanidad, por no estar presentes los *dementas configuradores generales,* existen hechos graves que el Derecho Internacional ordena su tipificación penal y sanción en el orden interno, como es el caso de las torturas, la desaparición forzada y las ejecuciones sumarias o arbitrarias, o cuando se trata de hechos calificados como violación de derechos humanos por una Corte Internacional y que según la legislación interna tienen carácter delictivo —en tanto se han perpetrado en el ejercicio abusivo del poder del Estado—. En estos supuestos se les reconoce una limitación de derecho internacional: la prescripción no procede a partir de conductas negligentes o de mala fe por parte de las autoridades a cargo del proceso [Corte Interamericana de Derechos Humanos. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Casos *Loayza Tanlayo e ivaher Bronstein,* ambos *versus Pera,* del primero de julio de dos mil once y veintisiete de agosto de dos mil diez, respectivamente].

QUINCUAGÉSIMO SEXTO. Que la parte civil sostiene que no se ha valorado el Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación y, por el contrario, se le ha dado valor al libro Base Tokio pese a que no fue propuesto por ninguna de las partes.

El motivo ha de claudicar.

QUINCUAGÉSIMO SÉPTIMO. Que el informe de la CVR si bien no se leyó, por oposición de cuatro de los imputados, la Sala lo consideró corno "documento referencial". El citado informe consta en autos y ha podido ser revisado y examinado por las partes, a la vez que se ha utilizado en sus alegatos. Es, en pureza, una prueba documental y aun cuando no se leyó estuvo a la vista de las partes, de modo que su análisis no =vulnera el principio de contradicción y la garantía de defensa procesal.

El Informe de la CVR, de un lado, a partir de la información global y el análisis pormenorizado que hace de una situación general, tiene un claro valor y utilidad para apreciar el contexto de hechos específicos —incluso ha sido citado en esta Ejecutoria Suprema—. Por otro lado, cuando dicho Informe incorpora detalles sobre hechos individuales, penalmente relevantes, puede asumirse por la justicia penal como meros aportes fácticos, pero de ninguna manera como prueba plena que impida ulteriores esclarecimientos y que exija una valoración

autosuficiente para decidir la inocencia o culpabilidad de una persona, pues de ser así el proceso jurisdiccional no tendría razón de ser.

Sobre el presente caso, el Informe de la CVR (páginas setecientos diecinueve y setecientos treinta y seis) aporta referencias de lo sucedido en la residencia del embajador del Japón, pero sus fuentes son el Atestado Policial y la declaración de Hidetaka Ogura, además de informaciones periodísticas y parte de la instrucción de la presente causa —diferentes piezas procesales--. Como se entenderá, a partir del conjunto, completo, del proceso, el Tribunal Superior y, ahora, este Tribunal Supremo cuentan con mucha más información de la que en su día revisó la CVR; y la información que procesalmente es prueba es la que consta en esta causa, y en virtud del principio de exhaustividad e integridad a ella es de remitirse para absolver el grado —rigen además los principios de inmediación y contradicción—.. En parte, el Informe de la CYR ha servido para explicar el contexto situacional de la toma de rehenes, pero no es útil o autosuficiente para definir en cada supuesto concreto la responsabilidad penal de los acusados. No puede decirnos —ni siquiera lo dice enfáticamente-- si uno o algunos imputados son responsables, o si un testimonio o documento es asumible enteramente para dictar un fallo en un determinado sentido.

El Libro Base Tokio ha sido Materia de debate plenarial. La defensa del acusado Montesinos TOMS —sesiones décimo séptima y décimo octava— hizo reconocer y explicar varias fotografías que contenía. No hubo oposición de parte. De tal suerte que su valoración no es ilegal ni viola algún principio de la prueba y de su valoración.

QUINCUAGÉSIMO OCTAVO. Que el rol jugado por Montesinos Torres —según las partes acusadoras:- excedía el campo de inteligencia tradicional y eta quien dirigía el operativo e, incluso, ingresó a la residencia del 'embajador del Japón el día de los hechos. En puridad, esta denuncia apunta a sostener que el, por el Mando que ostentaba, dispuso la ejecución arbitraria de los agraviados.

La inviabilidad del motivo es patente,

QUINCUAGÉSIMO NOVENO. Que es verdad que Montesinos expresó ante un visitante en el SIN que, cuando ocurrieron los hechos, se encontraba en la embajada, en la parte de atrás, en el puesto de comando de inteligencia —este se encontraba ubicado, según Zamudio Aliaga, en la Casa número Uno— (página dos mil seiscientos ocho del libro "En la Sala de la Corrupción", fojas dieciocho mil ochocientos veintiséis) —pero en su declaración sumarial anotó que se hallaba en las instalaciones del SIN [fojas seis mil doscientos veintiocho] —, El teniente coronel EP Zamudio Aliaga a fajas un mil trescientos dos mencionó que después

de la operación vio a Montesinos Torres en el frontis de la embajada, mientras que el coronel EP Jaime Patiño precisó que al final del operativo lo saludó en el COT (se encontraba ubicado en el Cuartel General de la Marina en la Avenida Salaverry).

El SIN, como ha quedado expuesto, tenía a su cargo el control de las casas aledañas a la residencia, la intervención de comunicaciones y el apoyo al personal militar, incluso filmaba las escenas de combate. Además, cuatro de los efectivos del SIN ingresaron a la residencia detrás de los comandos para filmar y tomar fotografías; y, fuera del plan, el teniente coronel Zamudio Aliaga, como él mismo lo reconoce, ingresó —luego de finalizar el tiroteo y las bombas— para ayudar a los rehenes y heridos. No existe prueba testifical que revele que este último u otro efectivo del SIN —incluso Huamán Ascurraingresaron a la residencia efectuando disparos o enfrentándose a los emerretistas. No había comunicación radial entre los operativos y los de inteligencia [instructiva del teniente coronel PNP Konja Chacón de fojas seis mil quinientos catorce].

En sede preliminar el Técnico Tercera EP Pedro Jaime Tolentino García [fojas seiscientos diez y seiscientos treinta y cinco] sostiene que se encargaba de las filmaciones, antes y en el momento de la operación de rescate —incluso al día siguiente filmó el cadáver de "Tito"—, información que se la daba al teniente coronel EP Huamán Ascurra. Agrega que este último y el coronel EP Williams Zapata el día de la operación de rescate le informaban todos los detalles a Montesinos Torres, Sin embargo, en su declaración instructiva de fojas seis mil trescientos setenta y cuatro precisa la información que proporcionó: Huamán Ascurra era el único que comunicaba de todo lo ocurrido a Montesinos Torres, y que sólo estaba a cargo de la operación de inteligencia.

El coronel EP Williams Zapata reitera que estuvo a cargo de la operación de rescate; que el SIN no tuvo injerencia en la parte operativa, su misión se relacionaba con la parte de inteligencia; que los agentes de inteligencia ingresaron a la residencia con pasamontañas negras, luego del operativo, para filmar y fotografiar (fajas seis mil ochocientos ochenta y tres); que Montesinos Torres no estaba en la cadena de mando de la operación de rescate; que no sabe si cuando se produjo la intervención Montesinos Torres se encontraba en el COT; que Huamán Ascurra estaba a cargo de la Inteligencia y no tuvo comunicación con él en el momento de la operación militar [declaración sumarial de fojas once mil quinientos sesenta y seis y declaración plenaria! de fojas veintiún mil seiscientos setenta y ocho]. Solo el efectivo del SIN, Mayor EP Cortijo Arbulú, llega a decir que Montesinos Torres planificó la

operación, y que Huamán Ascurra ordenaba las acciones que debían realizar William Zapata y Cabrera Pinto [fajas un mil cincuenta y ocho y cincuenta y siete mil novecientos diecinueve], pero ni William Zapata ni Cabrera Pinto aceptan ese hecho [fojas quinientos setenta y seis].

El suboficial brigadier PNP Olivares Príncipe a fojas un mil ciento cuarenta, también expresó que Montesinos Torres dirigió el operativo, lo que fundamenta en la versión de Huamán Ascurra, pero este último, en su declaración plenarial de fojas veinte mil quinientos setenta y cuatro, señaló que no es así.

El general EP Hermoza Ríos, Jefe del CCFFAA, precisó que Montesinos Torres no tenía ningún mando sobre las Fuerzas de Intervención, sobre la Patrulla Tenaz, solo tenía mando de su personal del SIN, los cuales no podían participar en la operación. Acota que Montesinos Torres llegó a la residencia del embajador del Japón luego de que esta se había tomado [declaración plenaria! de fojas veinte mil cuatrocientos ochenta y siete y veinte mil quinientos veintisiete].

SEXAGÉSIMO. Que lo glosado permite sostener que el ámbito operativo militar de la operación de rescate estaba a cargo de la Patrulla Tenaz y, con ella, de la Primera DIVFFEE y el Jefe del CCFFAA. El ámbito de inteligencia, por su propia naturaleza, tuvo su injerencia en el área de su competencia, sin que los roles de las fuerzas de intervención y d'e inteligencia se confundan. Luego, no podía existir —como no hubo—mandos paralelos. Es claro que Montesinos Torres tenía intervención por integrar el COT, pero en lo específicamente castrense carecía de mando.

La prueba actuada, por otro lado, no autoriza a sostener que Montesinos Torres y su equipo de inteligencia dirigieron, por lo menos, una línea de la operación de rescate, con su propia lógica de funcionamiento, y no solo para filmar y tomar fotografías, sino para enfrentarse a los emerretistas y, eventualmente, matarlos -técnicamente de imposible ejecución, que por lo demás hubiera sido causa eficiente del fracaso de la operación, lo que no sucedió—. Ni Montesinos Torres mandaba a la Patrulla Tenaz por encima del Jefe del CCFFAA y del comandante general de la Primera DIVFFEE, ni podía interferir en' las decisiones propiamente Militares una vez aprobadas —el Plan de Operaciones es definitivo al respecto—.

Está comprobado, por lo demás, que no se ejecutó arbitrariamente a los agraviados Meléndez Cueva y Peceros Pedraza, quienes Murieron en acto de combate. También está probado que Montesinos Torres - transmitió la orden

al general PNP Gamero Febres, por disposición del Presidente de la República, para enterrar los cadáveres de los emerretistas [declaración de fojas 1236], pero tal referencia tenía su correlato en la disposición de la jurisdicción castrense, como puntualizó el Director General de la Policía Nacional Dianderas Otonne [instructiva de fojas un mil setenta y ocho].

§ 6. *De la muerte del agraviado Eduardo Nicolás Cruz Sánchez*

SEXAGÉSIMO PRIMERO. Que, en principio, el ámbito recursal no estriba en Controlar jurisdiccionalmente la decisión de la Sala Penal Superior acerca de la forma y circunstancias: de la muerte del emerretista Cruz Sánchez (a) "Tito". Tampoco se ha Cuestionado en *relación a' gravamen que ello significaba para el Estado como tercero civil*— la disposición del Tribunal de elevar a la Fiscalía Suprema en lo Penal para determinar a los responsables, como autores directos, de su muerte, respecto de quien se entendió que se produjo una ejecución extrajudicial, arbitraria o sumaria, luego de haber sido arrestado, desarmado y merced de las Fuerzas del Orden.

La Fiscalía Superior entendió que en ese hecho no participaron comandos de la Patrulla Tenaz, aunque estimó que necesariamente existió una orden que pasó por una cadena de mando, pero cuya ejecución, sin embargo, no es responsable ningún comando. El Tribunal Superior, a su vez, concluyó que en la muerte del referido agraviado intervino personal del Servicio de Inteligencia Nacional (aunque el voto en minoría concibió que tal reducción del espectro de posibles autores materiales o directos a los efectivos del SIN no puede, desde ya, aceptarse con carácter definitivo).

En tal virtud, la Sala Penal Superior dispuso elevar copia de las actuaciones al Fiscal Supremo de lo Penal para que dicte las disposiciones correspondientes para investigar la autoría material.

SEXAGÉSIMO SEGUNDO. Que cabe aclarar, sin embargo, que como el Ministerio Público es un órgano autónomo de derecho Constitucional del Estado y con potestad investigativa plena —titular de la persecución penal pública—, de aceptarse el pedido del Tribunal Superior, desde luego, la investigación fiscal tendrá un ámbito que dicha institución delimitará conforme avanzan sus propias investigaciones. Por tanto, podrá comprender en sus averiguaciones a todas aquellas personas que estime, desde los actos de investigación que surjan, puedan estar implicadas, de uno u otro modo, en los hechos y según el título de imputación que corresponda.

La comunicación judicial es solo una exigencia de investigar. Su especificidad, respecto de determinadas personas por un título de imputación determinado, tiene un carácter necesario pero provisorio que se confirmará, descartará o ampliará según el resultado de las indagaciones preliminares. El único límite que tiene la Fiscalía, como es obvio, es el del *ne bis in ídem,* en cuanto a aquellos imputados respecto de quienes ya se resolvió su situación jurídica por la muerte del emerretista Cruz Sánchez (a) "Tito".

SEXAGÉSIMO TERCERO. Que corresponde examinar, a mérito de los agravios tanto de la Fiscalía Superior —no aceptado, sin embargo, por el señor Fiscal Supremo en lo Penal conforme con su dictamen precedente— como de la parte civil, si en la ejecución extralegal, sumaria o arbitraria —así calificada por el Tribunal. Superior— medió la intervención a título de autoría mediata de los encausados Hermoza Ríos, Montesinos Torres y Huamán Ascurra.

En esta presunta cadena de autores mediatos también está incluido el ausente Zamudio Aliaga, sobre el cual se reservó la causa en función a la prueba testifical que, de una u otra manera, lo involucra. Por ende, su situación jurídica necesariamente debe esclarecerse en un juicio oral. Este extremo de la decisión no ha sido impugnado, por lo que el conocimiento del Supremo Tribunal —para afirmar o descartar tal conclusión—no puede comprenderlo. Es de aplicación el principio *"tantum devolutum, quantum appellatum",* esto es, la *imposibilidad de que la Ejecutoria Suprema entre a conocer de extremos consentidos.*

SEXAGÉSIMO CUARTO. Que, siguiendo parcialmente el *factum* de la acusación, el Tribunal Superior estimó acreditados seis hechos sustanciales:

1. La detención de Cruz Sánchez se produjo cuando había terminado el combate en la residencia, y los rehenes de las habitaciones "H" e "I" se encontraban evacuados en la casa número Uno, pero a la espera de ser recogidos.

2. Uno de los rehenes, no identificado, comunicó por señas a los efectivos policiales, adscritos al SIN, que cuidaban la Casa número Uno, Suboficial de Tercera PNP Torres Arteaga y Suboficial de Primera PNP Robles Reynosa, de la presencia de un infiltrado emerretista (que sería "Tito").

3. Los efectivos policiales detuvieron a "Tito", pese a que intentó huir, lo redujeron, lo echaron al suelo y le amarraron las manos con una correa. Ambos policías, como corresponde, estaban vestidos con uniforme policial y, como es obvio, eran ajenos a la Patrulla Tenaz.

4. Los policías llamaron vía radio a su jefe, el teniente coronel EP Zamudio Aliaga —era imposible comunicarse con superiores de la Patrulla Tenaz porque la frecuencia de radio no coincidía—, y le comunicaron la detención, el mismo que les dijo que esperaran, que vendrían por él.
5. Al poco rato, un efectivo vestido de comando lo recogió y se lo llevó con dirección a la residencia del embajador del Japón.
6. El agraviado Cruz Sánchez (a) "Tito" fue hallado muerto en el primer piso, entrando a la izquierda, al fondo de la residencia, con un orificio grande en el lado derecho de la cabeza, parte superior de lá oreja; además tenía en la mano derecha una granada que no llegó a lanzar, según fluye del acta de levantamiento de cadáver realizada por el Juez Militar.

SEXAGÉSIMO QUINTO. *Que* la realidad de la captura de "Tito" parte de tres testimonios. De los dos efectivos policiales, adscritos al SIN, suboficial Técnico PNP Marcial Teodorico Torres Arteaga y suboficial de primera PNP Raúl Robles Reynoso, quienes se encontraban en su rol de vigilantes de la Casa número Uno, así corno del diplomático japonés Hidetaka Ogurá. Ambos agentes de inteligencia relatan que a la Casa número Uno llegaron entre diez y quince rehenes —japoneses y autoridades peruanas—, TOMS Arteaga sólo recuerda la presencia del juez supremo Serpa Segura y del técnico EP del SIN Manuel Tullume Gonzales —quien filmaba todo lo sucedido en la Casa número Uno y los jardines—. Uno de los rehenes, no se acuerdan cuál, les indicó con las manos de un infiltrado —era "Tito"— en su grupo, por lo que lo capturaron, apartaron del grupo de rehenes y lo colocaron en un costado del jardín de la casa. Robles Reynoso se comunicó por radio con su jefe, el teniente coronel EP Zamudio Aliaga, quien le dijo que iba a mandar a recogerlo. Al poco tiempo uno vestido de comando y a viva voz,' pese a la oposición de "Tito", lo condujo por el túnel en dirección a la residencia [manifestaciones de fojas un mil ciento cuarenta y cinco y un mil ciento cincuenta Sr dos, y declaraciones plenariales de fojas veintiún mil doscientos treinta y ocho vuelta y veintiún mil doscientos tino].

Esa versión, por lo demás, sólo ha sido confirmada por el diplomático japonés Hidetaka Ogura, quien dice que vio a "Tito" vivo, pero también agrega que esa escena fue observada por el vice ministro de la presidencia Tsuboyarna Matsuda y el coronel FAP Garrido Garrido [declaración plenarial vía teleconferencia de fajas veintidós mil novecientos noventa y cinco vuelta].

Cabe acotar, no obstante, que los cuatro testigos mencionados por los policías e Hidetaka Ogura no corroboran esas citas [declaración de Serpa Segura de fojas ciento cincuenta y cinco, un mil doscientos ochenta y nueve, cinco mil cuarenta y diez mil seiscientos cuarenta y ocho; de Tullume Gonzales de fojas novecientos diez; de Tsuboyama. Matsuda de fojas ciento cuarenta y uno y cinco mil doscientos treinta y siete —quien llega a decir, al igual que Giampietri Rojas y Tudela van Breugel Douglas, que no podía hablarse nada delante de él por sus vinculaciones con los emerretistas—; y del coronel FAP Garrido Garrido de fojas ciento treinta y siete y un mil doscientos noventa y cinco].

SEXAGÉSIMO SEXTO. Que, conforme consta del acta de identificación y levantamiento de cadáver que elaboró por el Juez Militar, el cadáver de "Tito" se encontró en el primer piso entrando a la izquierda, al fondo de la residencia, con un orificio grande en la cabeza, lado derecho, parte superior de la oreja. Además, tenía en la mano derecha una granada, que no llegó a lanzar.

Los Informes Médicos Legales —específicamente el protocolo de necropsia número cero ochocientos setenta y ocho guion cero uno— indicaron que el agraviado presentó una lesión perforarte por proyectil de arma de fuego, con entrada en la región posterior izquierda del cuello y salida en la región lateral derecha de la cabeza. Fue producto de un proyectil de arma de fuego disparado por un arma de alta velocidad. La víctima estaba en un plano inferior al victimario, quien se encontraba atrás y a la izquierda de ella. Las lesiones pueden corresponder a disparos de larga o corta distancia. La pericia balística forense número un mil ciento dieciocho diagonal cero uno, de fojas dos mil setecientos cincuenta y ocho, precisó que el proyectil era de calibre nueve milímetros. En el examen de los peritos balísticos en el plenario aclararon que el disparo se produjo desde una distancia, con un rango que va desde centímetros hasta los seis metros [fojas veintidós mil ochocientos treinta y ocho].

Cabe añadir que el médico forense español Juan Manuel Cartagena señaló que el disparo, ante el hecho de que no se mencionó que el polo verde que vestía el agraviado tenía adherido plomo, antimonio y bario, fue efectuado a larga distancia. No hay vestigio que acredite que el disparo se produjo a cañón tocante o bocajarro, no quemarropa, no corta distancia, pues no consta el circulo de Benassi en los huesos del cráneo y, en todo caso, hubiese dado positivo al estudio químico a componentes de la pólvora. La muerte se produjo en forma fulminante, no ha podido llegar a una situación de shock [fojas veintitrés mil seiscientos treinta dos]. El profesor Pounder, por su parte, anotó que "Tito" fue disparado probablemente encontrándose de pie, aunque posiblemente estaba

agazapado (flexionado hacia adelante), inmóvil o moviéndose lentamente. No estuvo atado y llevaba una granada defensiva en su mano. Si bien es probable que haya sido disparado a una distancia relativamente corta no fue a cañón tocante ni a corta distancia (inferior a un metro) [fojas veinticuatro mil ciento cincuenta y tres].

SEXAGÉSIMO SÉPTIMO. Que en atención *(i)* a la declaración de los efectivos del SIN y a lo mencionado por Hidetaka Ogura —que en este extremo de su declaración el Tribunal Superior le otorga credibilidad—, sin perjuicio de que existen testimonios en otro sentido, y *(u)* al resultado médico y balístico forense —del instituto de Medicina Legal y de la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional—, más allá de las acotaciones de los informes médico forenses de Pounder y Cartagena, la Sala Sentenciadora estimó que tales indicios son graves, concordantes y pertinentes [univocidad de los indicios], así como que, ante la ausencia de contraindicios sólidos, no existe otra explicación razonable que concluir que el agraviado Cruz Sánchez (a) "Tito" fue ejecutado extrajudicialmente. Entienden los jueces superiores que si es capturado vivo, es conducido a la residencia y, luego, se le encuentra muerto con una bala en la cabeza, bajo un patrón lesional distinto a los trece emerretistas muertos, la inferencia razonable es que fue ejecutado extrajudicialmente.

El aludido agraviado —cabe insistir— ya había sido capturado y fue llevado al interior de la residencia, donde fue encontrado muerto, incluso —como ha quedado expuesto—con un patrón lesional distinto a los demás emerretistas muertos. Esta conclusión se asumió, más allá de que el mayor EP Donosso Volpe, jefe del Equipo Delta cinco, expresó que de acuerdo al enfrentamiento armado es posible que el terrorista reciba un solo impacto por proyectil por arma de fuego [declaración de fojas quinientos cuarenta y cinco], y pese a que llama la atención la granada que tenía en la mano —salvo que terceras personas se la hubieran colocado una vez que cayó y falleció inmediatamente. La posesión de una granada, en esas condiciones, no es imposible a tenor del informe del forense José Manuel Cartagena.

SEXAGÉSIMO OCTAVO. Que, en suma, son estos hechos y la evaluación realizada en la sentencia de instancia que demandan razonablemente el esclarecimiento fiscal requerido por la Sala Penal Superior y que este Supremo Tribunal, en los fundamentos expuestos, principalmente, en los fundamentos jurídicos sexagésimo segundo y sexagésimo tercero -sin dejar de tomar en consideración el fundamento precedente—, estima pertinente para la realización plena del derecho a la verdad, de la meta del esclarecimiento

propia del proceso jurisdiccional penal. Existen todavía algunos pasajes de los hechos, vinculados al agraviado Cruz Sánchez, que deben y pueden esclarecerse en una línea investigativa más intensa.

SEXAGÉSIMO NOVENO. Que, ahora bien, respecto de la muerte de Cruz Sánchez, sólo queda definir si la ejecución extrajudicial del aludido agraviado —en función al hecho declarado probado en la sentencia de instancia— fue ordenada por los encausados Hermoza Ríos, Montesinos Torres y Huamán Ascurra.

Ya se ha descartado la existencia de una supuesta línea de mando paralela. Los policías Torres Arteaga y Robles Reynoso sólo mencionan a Zamudio Aliaga, aunque este último lo niegue.

Es cierto que el teniente coronel EP Zamudio Aliaga era miembro del SIN y en su línea de mandó se encontraba el teniente coronel EP Huamán Ascurra y el asesor presidencial Montesinos Torres, y el COT lo integraba este último, así corno el general EP Hermoza Ríos, Jefe del CCFFAA, entre otros. Tal hecho, empero, tiene el carácter de un indicio lejano —su grado de probabilidad en relación al hecho indicado no posee un alto grado de probabilidad— y, por cierto, de carácter contingente —no necesario—. La operación militar duró muy poco tiempo, fue precisa y efectiva, y se contó, conforme se ha dejado sentado, con unas directivas en caso de heridos y capturados del MRTA.

SEPTUAGÉSIMO. Que, en consecuencia, sólo puede afirmarse que esa ejecución extrajudicial —así considerada por la Sala Sentenciadora, lo que no ha sido materia de impugnación— fue un crimen aislado, que no formó parte de la operación y de los planes elaborados en las instancias superiores. Nada indica, menos está probado, que alguno de los altos mandos o Huamán Ascurra, sólo o por disposición de Montesinos Torres —y éste *matas proprio* o por indicación de otra alta autoridad del Estado— dio la orden de matarlo. El hecho de que en la residencia solo tenían acceso efectivos militares y policiales e integrantes del SIN, no necesariamente permite inferir, sin otra posibilidad razonable y ante la ausencia de corroboraciones periféricas, que alguno de ellos mató intencional y alevosamente al agraviado y solo por orden de los imputados. La prueba de cargo es, pues, insuficiente y 110 concluyente. La regla de prueba, que clausura la garantía de presunción de inocencia y que exige prueba de cargo bastante actuada con todas las garantías, no ha podido cumplirse. En consecuencia, al no haberse enervado la presunción constitucional de inocencia, corresponde dictar sentencia absolutoria, como lo ha hecho el Tribunal Superior.

La absolución es fundada. No cabe anularla ni revocarla, sólo ratificarla.

§ 7. *De los otros agravios.*

SEPTUAGÉSIMO PRIMERO. Que por la Fiscalía y la parte civil se ha planteado la necesidad de aplicar la autoría mediata por dominio de aparato de poder organizado, y por la parte civil la existencia de documentación que acredita que la orden a los comandos era de no tornar prisioneros.

Ambos motivos no pueden aceptarse.

SEPTUAGÉSIMO SEGUNDO. Que el artículo 23°del Código Penal reconoce la autoría mediata, y tanto la doctrina penalista corno la jurisprudencia mayoritaria de este Supremo Tribunal, en varias Ejecutorias, admitió como una de sus expresiones o modalidades, la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados. Incluso hoy en día ya lo tiene reconocido expresamente el artículo 28° del ECPI.

En el presente caso no corresponde aplicar este título de imputación por razones de derecho procesal, probatorio concretamente. No se ha probado, en los casos de los agraviados Meléndez Cueva y Peceros Pedraza, que fueron víctimas de ejecución extrajudicial —según el Derecho Internacional— o de homicidio calificado —según nuestro Derecho nacional—. En el caso de Cruz Sánchez tampoco se ha probado que la orden de ejecutarlo o matarlo fue dispuesta por las más altas instancias públicas vinculadas a la operación de rescate Chavín de Huántar.

SEPTUAGÉSIMO TERCERO. Que, finalmente, no existe documentación alguna, como alega la parte civil, que revele que los comandos o los integrantes del SIN tenían la orden de ejecutar a los emerretistas heridos o rendidos. La prueba documental ya glosada fija el ámbito de acción de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, mientras la prueba testifical acopiada establece que incluso existía un protocolo de conducta en caso un emerretista se rinda o resulte herido.

Las técnicas de dominación de inmuebles y de tiro instintivo selectivo perseguían, precisamente, evitar matar a los rehenes y ocasionar el menor daño colateral. Trece emerretistas murieron en combate corno indica la prueba pericial forense, entre ellos los que son materia de este proceso: Meléndez Cueva y Peceros Pedraza —sin contar con los comandos muertos y heridos en acción, que denota un combate efectivo con los emerretistas—. Solo uno: Cruz Sánchez, murió en condiciones distintas a los demás emerretistas; pero, precisamente, ese solo secuestrador muerto —víctima de ejecución extrajudicial según la sentencia de instancia, no impugnada en ese extremo— no permite deducir con certeza

que es la prueba evidente o el elemento indicador revelador de que el plan de operaciones de rescate tenía un sesgo criminal. No existe el menor punto de apoyo sólido para tan aventurada incriminación.

SEPTUAGÉSIMO CUARTO. Que, en atención a lo expuesto, atento a la prueba positiva de descargo en un primer plano —de los agraviados Meléndez Cueva y Peceros Pedraza y a la falta de prueba bastante para justificar la acusación en el segundo plano: ejecución por orden superior siguiendo una cadena de mando en los marcos de una estructura de poder estatal —del agraviado Cruz Sánchez—, corresponde concluir que los recursos acusatorios objeto de análisis deben desestimarse y así se declara.

225

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

Recurso de Nulidad	1768-2006-LORETO
Fecha	12 de julio de 2006
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores y Calderón Castillo.
Derecho Procesal Penal	Vigencia de la Ley Nº 29499 en los requisitos recurrentes para dictar mandato de detención.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 29º-A y 52ª del C.P.; Ley Nº 29499.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	3º

RESUMEN:

La condición de reo ausente ***no puede limitar el derecho a la prueba pertinente****, ya que éste es un elemento esencial del derecho de defensa, el mismo que sólo es limitable por razones de estricta pertinencia y legalidad.*

FUNDAMENTOS:

"***TERCERO:*** Que si bien es cierto el imputado tenía ***la condición de reo ausente***, ello ***en modo alguno puede limitar su derecho a la prueba pertinente***, en tanto se trata de un elemento de carácter instrumental que integra el contenido esencial del derecho de defensa reconocido en el inciso catorce del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política, sin que desde el principio de proporcionalidad pueda justificarse impedir toda solicitud de prueba por la mera condición de reo ausente, pues se introduce un factor disciplinario ajeno por completo a la función y razón de ser de la actividad probatoria, sólo limitable por razones de estricta pertinencia y legalidad [vinculada a la regla de pertinencia, en tanto que lo ilegal es en sí mismo impertinente], así como por motivos de

conducencia y utilidad [que responden a la regla de necesidad de la prueba], y de oportunidad procesal.

Que, en tal virtud, el procedimiento especial establecido en el artículo trescientos veintiuno del Código de Procedimientos Penales debe interpretarse a la luz del derecho fundamental a la prueba y al debido proceso, que exige entender que el desarrollo del juicio oral no puede concebirse como una actividad meramente leída sino como una actividad procesal que implica, entre otros numerosos actos procesales, la actuación de la prueba bajo los principios de oralidad, inmediación y concentración."

226

§226. Prueba indiciaria y presunción de inocencia

Recurso de Nulidad	1912-2005-PIURA
Fecha	06 de setiembre del 2005
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia
Jueces Supremos	Sivina Hurtado, San Martín Castro Palacios Villar, Lecaros Cornejo y Molina Ordóñez.
Disposiciones Estudiadas	Doctrina del Tribunal Supremo Español

RESUMEN:

La prueba indiciaria se caracteriza porque ***su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico*** *existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar.*

FUNDAMENTOS:

"***CUARTO:*** Que, según lo expuesto inicialmente, la Sala sentenciadora sustentó la condena en una evaluación de la prueba indiciaria, sin embargo, como se advierte de lo expuesto precedentemente, no respetó los requisitos materiales legitimadores, única manera que permite enervar el derecho a la presunción de inocencia; que sobre el particular, por ejemplo, se tiene lo expuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en doctrina que se comparte, que la ***prueba por indicios*** no se opone a esa institución [Asuntos Pahm Hoang contra Francia, sentencia del veinticinco de setiembre de mil novecientos noventa y dos, y Telfner contra Austria, sentencia del veinte de marzo de dos mil uno].

Que, en efecto, materialmente, los requisitos que han de cumplirse están en función tanto al indicio, en sí mismo, como a la deducción o inferencia, respecto de los cuales ha de tenerse el cuidado debido, en tanto que lo ***característico de esta prueba es que su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito,***

tal y como está regulado en la ley penal, ***sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento*** basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar.

Que, respecto al ***indicio***: ***a)*** Éste –hecho base– ha de estar plenamente probado –por los diversos medios de prueba que autoriza la ley–, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno; ***b)*** Deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa; ***c)*** También concomitantes al hecho que se trata de probar –los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar, y desde luego no todos lo son; ***d)*** Deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia –no sólo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí.

Que es de acotar que no todos los ***indicios*** tienen el mismo valor, pues en función a la mayor o menor posibilidad de alternativas diversas de la configuración de los hechos –ello está en función al nivel de aproximación respecto al dato fáctico a probar– pueden clasificarse en ***débiles y fuertes***, en que los primeros únicamente tienen un valor acompañante y dependiente de los indicios fuertes, y solos no tienen fuerza suficiente para excluir la posibilidad de que los hechos hayan ocurrido de otra manera –esa es, por ejemplo, la doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo Español en la Sentencia del veinticinco de octubre de mil novecientos noventa y nueve que aquí se suscribe".

Que, en lo atinente a la ***inducción o inferencia***, es necesario que sea razonable, esto es, que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de suerte que de los indicios surja el hecho consecuencia y que entre ambos exista un enlace preciso y directo."

227

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

Recurso de Nulidad	3044-2004-LIMA
Fecha	01 de diciembre de 2004
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia
Jueces Supremos	San Martín Castro, Barrientos Peña, Molina Ordóñez, Palacios Villar y Lecaros Cornejo.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 36° y 38° del CP.; 248° y 253° del ACPP.; 5° de la Ley 25475.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	5° y 7°

RESUMEN:

Cuando se trata de testigos o imputados que han declarado indistintamente durante la etapa de instrucción o durante el juicio oral, y siempre que la declaración prestada en la etapa de instrucción se haya actuado con las garantías legalmente exigibles, ***el Tribunal no se encuentra obligado a creer aquello que fue dicho por el imputado o por los testigos en el acto oral, sino que tiene libertad para conceder mayor o menor fiabilidad a lo declarado en la etapa de instrucción*** *que lo dicho después en el juicio oral.*

Con respecto a la pena de inhabilitación, debe decirse que se trata de una pena principal que, sin embargo, fija su período de duración bajo un modelo distinto al establecido en el artículo treintiocho del Código Penal. Además, el Juez debe determinar los derechos que son objeto de inhabilitación.

FUNDAMENTOS:

"***QUINTO:*** Que, por lo demás, es de dejar sentado como doctrina general que cuando se trata de testigos o imputados que han declarado indistintamente

en ambas etapas del proceso penal, en la medida en que la declaración prestada en la etapa de instrucción se haya actuado con las garantías legalmente exigibles -situación que se extiende a las declaraciones en sede policial, siempre que se cumpla lo expresamente estatuido en la norma habilitante pertinente referido a la presencia del Fiscal y, en su caso, del abogado defensor- , el Tribunal no está obligado a creer aquello que se dijo en el acto oral, sino que tiene libertad para conceder mayor o menor fiabilidad a unas u otras de tales declaraciones, pues puede ocurrir, por determinadas razones -que el Tribunal debe precisar cumplidamente-, que ofrezca mayor credibilidad a lo declarado en la etapa de instrucción que lo dicho después en el juicio oral, en tanto dicha declaración se haya sometido en tal acto a contradicción con las garantías de igualdad, publicidad e inmediación y trasunta una mayor verosimilitud y fidelidad -cumplimiento, en su esencia, de los requisitos de legalidad y contradicción.

Que, por otro lado, es de tener presente que las declaraciones prestadas ante el Juez Penal, si bien no pueden leerse bajo sanción de nulidad, conforme el artículo doscientos cuarentiocho del Código de Procedimientos Penales, tal regla sólo es aplicable, antes que el testigo declare en el acto oral, lo cual sin embargo, no impide su posterior lectura en la estación procesal oportuna luego de actuarse la prueba personal, conforme a lo dispuesto en el artículo doscientos cincuentitres del Código de Procedimientos Penales.

(...)

SÉPTIMO: Que el tipo penal aplicable, como se ha señalado en la sentencia recurrida, es el estipulado en el artículo cinco del Decreto Ley número veinticinco mil cuatrocientos setenticinco; que en dicha sentencia se ha impuesto la pena de inhabilitación "absoluta durante el tiempo de la condena"; que, sin embargo, el citado numeral, primero, consagra un régimen propio de la indicada pena de inhabilitación, pues se trata de una pena principal pero fija su período de duración bajo un modelo distinto al establecido en el artículo treintiocho del Código Penal, el mismo que debe regir luego de la pena privativa de libertad -única forma de entender la expresión cuando la norma específica señala luego de mencionar la pena privativa de libertad, "... e inhabilitación posterior por el término que se establezca en la sentencia"-; y, segundo, el Juez con arreglo al artículo treintiseis del Código Penal debe determinar los derechos que son objeto de inhabilitación, lo que se ha omitido en el presente caso; que, siendo así, corresponde integrar el fallo de instancia en aplicación a lo dispuesto por el artículo doscientos noventiocho, penúltimo párrafo, modificado por el Decreto Legislativo número ciento veintiséis, respecto a la determinación de los derechos

que son objeto de inhabilitación, no así en lo atinente a la duración de la pena de inhabilitación pues su corrección implicaría una reforma peyorativa en tanto que el recurso sólo proviene por parte de la imputada."

228

§228. El examen del ADN en el ámbito procesal penal, en particular en los delitos sexuales

Sentencia Plenaria Casatoria	1-2018/CIJ-433
Fecha	18 de diciembre de 2018
Procedencia	Salas Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República. I PLENO JURISDICCIONAL CASATORIO.
Ponentes	Barrios Alvarado, Figueroa Navarro, Neyra Flores.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Figueroa Navarro, Quintanilla Chacón, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Castañeda Espinoza, Núñez Julca, Sequeiros Vargas, Pacheco Huancas, Guerrero López, Chávez Mella, Bermejo Ríos.

RESUMEN:

Si se realiza una prueba de ADN que descarta que el imputado sea el padre del hijo de la menor agraviada: en este caso, dicha prueba de ADN solo constituye un contraindicio de la imputación, pero no excluye la posibilidad que el acusado haya vulnerado la indemnidad sexual de la víctima, pues es posible que la menor agraviada haya sido víctima de violación por el imputado, pero haya resultado embarazada por acción de otro agresor.

Si se realiza una prueba de ADN que afirma que el imputado es el padre del hijo de la agraviada mayor de edad: en este caso, ***dicha prueba de ADN no constituye indicio de cargo suficiente para condenar al acusado.*** *Constituye un indicio fuerte y concluyente de la materialidad del delito, pero que debe complementarse con otros indicios que indique que el acto sexual no fue consentido*

Además, el examen de ADN realizado sobre vestigios distintos al semen del imputado, constituye un indicio de presencia de este en la escena del crimen, el cual

corrobora la identificación que pueda haber hecho la víctima, mediante declaración testimonial, junto con otros elementos periféricos externos.

FUNDAMENTOS:

1. El contenido esencial de la Sentencia Casatoria 292-2014/Ancash

7° La sentencia casatoria 292-2014/Ancash tuvo como finalidad desarrollar doctrina jurisprudencial respecto a: "la necesaria realización de la prueba científica de ADN, su actuación en sede de instancia y su valoración previa a la emisión de sentencia", vinculándola con el derecho a la prueba -prueba científica de ADN-. Al respecto se señala en dicha sentencia que este derecho garantiza la obligatoriedad del juzgador de atender a sus solicitudes de prueba ofrecidas, siempre que resulten pertinentes y necesarias, y solicitadas en tiempo y forma. Luego desarrolla el contenido de la pertinencia de la prueba y su faz negativa, esto es que la misma no esté referida al objeto procesal concreto o que sea superabundante -excesiva para demostrar el extremo que se pretende-.

8° Concretamente, con relación a la llamada prueba científica de ADN se señala en la sentencia referida, que "los constantes avances científicos y técnicos han tenido un profundo impacto en el ámbito de la prueba". Resalta que su importancia radica en su potencial aplicabilidad para resolver casos complejos que no podrían esclarecerse por los procedimientos de investigación convencionales. Refiere que los casos más recurrentes de aplicación de este medio de prueba se dan en la investigación de la paternidad, la identificación de una persona y la investigación de indicios en criminalística biológica. En la sentencia se plantea, a continuación, como objeto de discusión, la valoración que debe hacer el juez de este medio de prueba y el peso que cabe atribuirle en la formación de su convicción, sea como medio probatorio: a) que guarda relación directa con el hecho principal a probar, o b) que sea un indicio más para probar tal hecho principal.

9° Ahora bien, la sentencia mencionada plantea como un ejemplo del primer supuesto, cuando en el proceso por un delito contra la libertad sexual, el análisis de ADN del semen encontrado en la vagina de la víctima demuestra que el semen es o no del acusado. Y refiere que en

este supuesto "cabe decir que la prueba de ADN hace prueba plena (o excluye, según sea el caso) la culpabilidad del acusado. Asimismo en este mismo delito cuando la prueba de ADN evidencie la paternidad del menor engendrado producto de la violación". En la sentencia casatoria se presenta como ejemplo del segundo supuesto, "[...] cuando el proceso por delito de homicidio la prueba de ADN de unos cabellos encontrados en la escena de los hechos demuestra que los cabellos son del acusado [...]. El resultado de la prueba de ADN (que el acusado estuvo en la escena del crimen) no es más que un indicio de la culpabilidad del encausado".

10° Evaluando el caso concreto, que dio lugar a la sentencia casatoria glosada, se estableció como doctrina jurisprudencial vinculante los siguientes puntos:

A. Cuando en el proceso se presenta una prueba científica de ADN que guarde relación con el hecho principal que se pretende probar, ésta debe actuarse en sede de instancia y en tiempo oportuno, así como efectuar su valoración previa a la emisión de sentencia, pues en caso contrario se vulneraría el derecho a la prueba.

B. La aplicación forense de la prueba de ADN se da en la investigación biológica de la paternidad, en la resolución de problemas de identificación y en la investigación de indicios en criminalística biológica.

C. En los delitos contra la libertad sexual, cuando se trata de imputación contra una sola persona que ha mantenido relaciones sexuales con la presunta agraviada y a consecuencia de ello procrea un menor, es necesario la realización de la prueba científica de ADN a fin de determinar la paternidad y la responsabilidad penal o no del encausado.

11° En consecuencia, es menester evaluar, en función del nuevo contexto normativo, los siguientes aspectos: a) El concepto; la conducencia, importancia, las características y límites de la llamada prueba científica de ADN en el proceso penal; b) Los casos en los que la prueba de ADN es útil y pertinente con relación al objeto del proceso y las condiciones para su valoración efectiva; y, c) Los límites y posibilidades de aplicación en los delitos contra la libertad sexual.

2. El nuevo contexto normativo en materia probatoria

12° Entre las innovaciones que se introducen en el Código Procesal Penal se encuentra la consagración del principio de legitimidad de la prueba o prueba lícita (artículo VIII del Título Preliminar) y la previsión de una Sección consagrada a la prueba en general. Esta Sección contiene, a su vez, normas generales; los medios de prueba en específico; la búsqueda de pruebas y restricción de derechos; la prueba anticipada y las medidas de protección de los órganos de prueba -sin perjuicio de lo que, en lo específico, se tiene respecto de la actuación probatoria en el juicio oral-. La densidad normativa que puede observarse en la regulación detallada en materia probatoria, implica entonces que deba hacerse un reexamen de las cuestiones planteadas en el parágrafo precedente. Para ello, es pertinente precisar algunos conceptos relacionados con los temas planteados.

13° En principio, es conteste la postura doctrinal que sostiene que "en el proceso penal [...] todo puede ser probado, y por cualquier medio de prueba". Así se establece en el artículo 157° CPP, en cuya virtud que los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba. Excepcionalmente, pueden utilizarse otros medios de prueba, siempre que no se vulneren los derechos y garantías de la persona. De este modo se reconoce que la libertad de prueba es una institución necesaria y valiosa por el imperativo procesal de alcanzar la verdad respecto del objeto del proceso (*veritas delicti*). Pero como toda libertad, la prueba no puede obtenerse de cualquier modo ni a costa de la vulneración desproporcionada de otros derechos. Al respecto, solo se puede valorar el medio de prueba que haya sido obtenido o incorporado al proceso por un medio constitucionalmente legítimo. En este sentido, la prueba obtenida, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales carece de efecto legal. Dentro de estos límites, las partes pueden ofrecer, en tiempo y forma, los medios de prueba que consideren adecuados; proceder a su actuación con las garantías procesales correspondientes; y exigir que estos sean valorados debida y oportunamente por el juez de juzgamiento, dentro del contexto del ejercicio del derecho a la prueba.

14° Ahora bien, son objeto de prueba los hechos vinculados con la imputación, la punibilidad, la determinación de la pena o medida de seguridad y la responsabilidad derivada del delito (artículo 156 CPP). A los efectos de lo que es materia de la presente sentencia cabe precisar que interesa como objeto de la actividad probatoria, los hechos constitutivos de la imputación, entendiendo por estos, el suceso fáctico y sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores, pero que tengan incidencia en el núcleo de la imputación. El alcance de lo que debe ser probado, con relación a la imputación, adquiere importancia cuando la forma de determinación del hecho indicado solo puede obtenerse mediante la prueba por indicios.

15° Si bien constituye una regla general que la prueba se obtiene mediante los actos de prueba, realizables en el juicio, con las garantías propias de un proceso justo y equitativo -contradicción, publicidad, inmediación, oralidad y concentración-, es admisible que la formación de la prueba se verifique antes del plenario sea porque existe la urgencia o el peligro de no contar con el órgano de prueba -testigo o perito- (prueba anticipada), sea porque el recojo de la evidencia de la fuente de prueba deba plasmarse en un acto irrepetible o irreproducible (prueba pre constituida). Estas dos modalidades, previas a la realización de los actos de prueba, se pueden justificar por la necesidad preponderante de obtener la verdad relacionada con el objeto del proceso.

16° En la búsqueda por esclarecer los hechos, puede a veces ser indispensable restringir derechos fundamentales. Esta restricción de derechos puede verificarse mediante diversas formas de injerencia en la libertad o en los derechos del imputado o de otra persona vinculada con el proceso. Una forma de intervención más o menos invasiva en la esfera de los derechos fundamentales de las personas es la intervención corporal -se define como un acto de coerción sobre el cuerpo del imputado por el que se le extrae de él determinados elementas orgánicos en orden a efectuar sobre los mismos determinados análisis periciales tendentes a averiguar el hecho punible o la intervención en él del imputado. En este sentido, pueden realizarse pruebas de análisis sanguíneos, genético-moleculares u otras intervenciones corporales, aun sin el consentimiento del imputado, cuando se trate de delitos sancionados con una pena mayor a los cuatro años de privación de libertad. Estas

intervenciones son solicitadas por el Ministerio Público, y son objeto de control por parte del Juez -se obviará la autorización judicial cuando el sospechoso autoriza la intervención corporal -el consentimiento será asistido, es decir, con intervención y permiso de su abogado defensor-. Sin embargo, también es posible que el Ministerio Público o la Policía Nacional, con conocimiento del fiscal, y sin orden judicial puedan disponer mínimas intervenciones para observación, como pequeñas extracciones de sangre, piel o cabello que no perjudiquen la salud del intervenido (artículo 211 CPP) -el artículo 211.5 CPP, comprende lo que se denomina "intervención banal o leve", en cuya virtud permite que la Fiscalía o la Policía Nacional con conocimiento del Fiscal, y sin orden judicial, pueda disponer la realización de pequeñas extracciones de sangre, piel o cabello que no provoquen ningún perjuicio para la salud del sospechoso (se incluye, como es obvio, el frotis bucal)-.

17° La intervención corporal no solo involucra a los imputados. Dentro de la exigencia de la necesidad de esclarecimiento de los hechos, es posible que otras personas no inculpadas puedan ser examinadas sin su consentimiento, solo en condición de testigos, siempre que se encuentre en su cuerpo determinada huella o secuela del delito (artículo 212 CPP). En estos casos, la realización de los exámenes está condicionada a que no exista peligro a su salud y sean necesarios para la averiguación de la verdad.

18° Así las cosas, queda claro que, en el nuevo contexto normativo, es posible construir un espacio de legitimidad de la llamada prueba de ADN en el proceso penal, considerando como criterios reguladores, por un lado, la libertad de prueba, el objeto de prueba y el derecho a la prueba y, por otro lado, las restricciones a la actividad probatoria impuestas por el procedimiento constitucionalmente legítimo y el principio de proporcionalidad. En otras palabras, la admisión, conservación, análisis y valoración del examen de ADN se justifica mediante una ponderación de los intereses en juego legalmente estatuidos. De una parte, el respeto a la dignidad de la persona, la libertad personal, el derecho a la intimidad y a no sufrir injerencias arbitrarias o invasivas en el cuerpo y, de otra parte, el imperativo de esclarecer los hechos relacionados con conflictos o incertidumbres jurídicas relevantes.

19° La solución a esta aparente antinomia debe hacerse mediante un test de ponderación, y siempre que la intervención corporal, para el examen de ADN, cumpla con las siguientes condiciones:

a) Legalidad. La realización del examen de ADN supone la extracción de una muestra biológica -pelo, saliva, sangre, piel, semen- e incluso puede implicar una injerencia en la intimidad de la persona intervenida -recogida de muestra de las partes íntimas-. Por tanto, estando en juego la libertad personal, su restricción debe ser autorizada por ley. Esta exigencia es sobradamente cumplida con las normas relacionadas con la búsqueda de la prueba;

b) Proporcionalidad. La intervención corporal para estos efectos debe justificarse en función del interés relevante por esclarecer un hecho grave. La necesidad de realizar la intervención corporal, sin el consentimiento del afectado, debe estar debidamente motivada (artículo 203 CPP);

c) Control Judicial. Toda restricción a: un derecho fundamental -y la intervención corporal lo es debe ser controlada jurisdiccionalmente en los casos legalmente establecidos (autorización previa, cuando corresponda, y cuidado en la cadena de custodia, y cientificidad de su -análisis y resultado). Este control es, por regla general, previo a su realización, y se hace a pedido del fiscal en caso de delitos que estén conminados con pena privativa de libertad mayor a cuatro años -es claro, por lo demás, que la Policía o la Fiscalía pueden recoger, sin necesidad de autorización judicial, restos genéticos o muestra biológicas abandonadas por el sospechoso en el teatro de los hechos. Se efectiviza aun sin el consentimiento del intervenido. Excepcionalmente, el fiscal puede ordenar el examen, en caso de urgencia o peligro en la demora, con cargo a su confirmación judicial. El fiscal o la policía, con conocimiento de aquél, no requerirá autorización judicial para la realización de mínimas intervenciones, como pequeñas extracciones de sangre o cabello, pero siempre que la extracción de la muestra sea realizada por un especialista y este no la considere riesgosa a la salud del intervenido; y,

d) Competencia especializada. Siendo la intervención corporal para fines de la búsqueda de prueba que requiere experticia, las diversas etapas de la misma -toma de muestra, conservación, análisis, contrastación, elaboración y explicación de los resultados solo puede realizarlo personal especializado y en condiciones técnicas y científicas óptimas.

20° Ahora bien, conforme al nuevo marco normativo, la intervención corporal para fines de biología forense es de amplia aplicación. Esta amplitud se evidencia en los siguientes aspectos:

a) Se extiende a cualquier delito que tenga una pena conminada mayor a cuatro años de privación de libertad -homicidios, lesiones graves a menores de edad o parientes, secuestro, trata, delitos contra la libertad sexual, robo, delitos contra la humanidad-;

b) La toma de muestra o las extracciones pueden ser mínimas o pueden suponer un cierto peligro en la salud del intervenido;

c) No se requiere el consentimiento del intervenido;

d) Puede implicar una injerencia invasiva en el pudor de la intervenido, por lo que el examen debe hacerlo un médico u otro profesional especializado y con la presencia de otra mujer o un familiar; y,

e) La intervención corporal no solo se puede realizar sobre el imputado, sino también sobre otras personas no inculpadas, incluso sin su consentimiento. En este último caso, el examen se justifica por la necesidad del esclarecimiento de los hechos y se encuentra una determinada huella o secuela del delito. Dentro de este marco de referencia procederemos a examinar las cuestiones relacionadas con el examen de ADN.

3. El examen de ADN como medio de prueba científico

21° La llamada prueba de ADN es de reciente data en la investigación forense. Su aplicación en el ámbito de la investigación forense se remonta a 1983 en el Reino Unido. El examen de ADN es uno de los medios de prueba más prestigiados en el ámbito de la criminalística. Como consecuencia de los avances de la genética molecular y en

particular en el estudio del genoma humano, se la considera como un medio de prueba altamente objetivo. Su objetividad se sustenta en la alta probabilidad de encontrar una huella genética o perfil genético que permita identificar a un individuo a partir de los trazos únicos e irrepetibles en otros individuos (alelos). La identificación por restos de ADN consiste en la comparación entre una muestra dubitada -aquella que en principio no se sabe a qué sujeto pertenece- y otra indubitada -obtenida de la persona sospechosa-, de suerte que si ambos coinciden en sus resultado, este medio probatorio puede servir al referido objeto de acreditación de la intervención de alguien en el hecho criminal investigado o juzgado (Sentencia del Tribunal Supremo de España 607/2012, de nueve de julio).

22° Por sus características fundamentales, el examen de ADN es considerado como una "prueba científica". Conforme a un ampliamente aceptado concepto, la "prueba científica" es una operación probatoria, en cuya admisión, actuación y valoración se usan instrumentos del conocimiento provenientes de la ciencia y la técnica: esto es, los principios y métodos científicos, medios tecnológicos, aparatos técnicos, para cuyo uso se requiere de expertos competentes. Su cientificidad parte del hecho que está sustentado en los avances de la biología y, en particular, de la genética molecular. Los conocimientos científicos desarrollados en este ámbito permiten establecer perfiles genéticos con ratio de probabilidad (*Likely ratio*) que supera fácilmente los estándares probatorios. La estimación de la probabilidad de identificación de un individuo a partir de sus rasgos genotípicos, se hace en función de un examen objetivo que descarta cualquier especulación o evaluación subjetiva y que se cuantifica en porcentaje (fiabilidad).

23° Sin embargo, el hecho que este examen se haga de acuerdo a métodos 1 científicos y sustentado en un cálculo probabilístico ha generado malos entendidos o sobre estimaciones. A este factor se agrega el hecho de que el examen de ADN I se realiza por un especialista o perito, para su valoración por parte de las partes procesales y en especial del juez. Esta dicotomía puede hacer suponer que los conocimientos desplegados por aquél sean inaprehensibles o inalcanzables. Los malos entendidos con relación al peso, la interpretación de sus resultados o el rol de los sujetos procesales, se expresan de la siguiente

manera: a) Se asume que en la medida que quienes formulan el informe de ADN son especialistas en un ámbito impenetrable por los jueces, le restringen toda posibilidad de análisis; b) Los jueces pueden considerar que lo relevante en este examen son los resultados expresados en un alto porcentaje de credibilidad, quedando fuera de consideración el método utilizado, la cadena de custodia, el tiempo de recolección de la muestra -cabe señalar que el sistema más utilizado en la actualidad es el denominado *Short tamdem repead*: STR, que se basa en la búsqueda de información en específicas regiones, llamadas Loci -que son fragmentos de ADN variable» siendo los alelos las diferentes variables posibles-, en cuya virtud se realiza el estudio simultáneo de diez a quince de las regiones microsatélites, y se restringen al estudio de los marcadores del ADN polimórficos; c) Los jueces pueden confundir que cuando se habla del 99.99 por ciento de probabilidad de identificación de un individuo, este porcentaje se refiere al 99.99 por ciento del ADN examinado, cuando en realidad ese porcentaje es el ubicable solo en el 1 por ciento del mismo; d) Los jueces pueden no interesarse, para dar fiabilidad al análisis genético, en la cantidad de marcadores analizados, cuando en realidad es relevante la relación directamente proporcional entre marcadores genéticos e identificación del individuo, por el cruce de variables (polimorfismo); e) La denominación que recibe frecuentemente este examen, identificándolo como "una prueba" genera el error semántico de equipararlo a su significación procesal, cuando en realidad es un medio de prueba (pericial) que podría dar cuenta solo de un indicio; f) El hecho que se diga que las leyes naturales – y el examen de ADN se sustenta en afirmaciones científicas categóricas- no son objeto de prueba, no significa que sus resultados sean asumidos acríticamente; y, g) Los jueces pueden confundir la alta fiabilidad del resultado del examen, con plenitud probatoria. Por tanto, a fin de superar estos malos entendidos o sobrevaloración del examen de ADN pasamos a desarrollar sus alcances, limitaciones, posibilidades de falseabilidad, vinculación con el hecho indicado o principal, y su debida valoración por el juez, en particular en el ámbito de los delitos sexuales.

24° Estas distorsiones deben ser corregidas en función de una actitud que se asume en el ámbito científico. A lo largo de la historia de la ciencia ha quedado evidenciada que no hay verdades absolutas, sino una

progresión de avances en espiral. La actitud del científico y ciertamente la de un juez, que se mueven en el mundo de la incertidumbre, debe aproximarse a la duda cartesiana, pues es la única forma de propender a la evolución del conocimiento y, en nuestro ámbito de la verdad procesal.

4. Importancia, contenido, alcances y limitaciones del examen de ADN

25° El examen de ADN ha adquirido peso en las últimas décadas por su gran capacidad diferenciadora o discriminadora. Es el 1 por ciento del ADN de una persona, el que marca la diferencia entre un individuo y otro, salvo en el caso de los gemelos. En otras palabras, el ADN que interesa a efectos forenses es el que se centra "[...] *en el análisis del ADN más variable entre individuos (el más polimórfico) pero ni siquiera analizamos todo el ADN variable sino solo una pequeñísima parte*". El examen consiste en la recopilación de un determinado grupo de identificadores o rasgos que se ubican en puntos específicos (marcadores genéticos) dentro de la cadena de ADN. Con la información que el especialista obtenga en una relevante cantidad de marcadores -entre 13 a 15, o, en todo caso, 10- puede obtener el perfil genético de un individuo. Este perfil genético obtenido en la escena del delito debe ser contrastado con el perfil de un sospechoso. La condición de sospechoso puede derivarse de alguna vinculación probable con el caso concreto, o de un registro o base de datos establecido por parte del Estado. En nuestro país mediante el Decreto Legislativo N° 1398, se ha creado el Banco de Datos Genéticos para contribuir a la identificación de las personas desaparecidas en el período de violencia 1980-2000, en el marco de la Ley N° 30470, Ley de Búsqueda de Personas Desaparecidas durante el periodo de violencia 1980-2000. Pero la data también puede ser construida sobre la base del registro personas condenadas -reincidentes o no- por delitos dolosos (graves y/o violentos), o por delitos similares al investigado. Si la evidencia ADN encontrada en la escena del delito coincide con el perfil genético del sospechoso demuestra su presencia en el lugar de comisión del delito. Este ciertamente es un primer paso en la determinación del hecho indicado.

26° En general, el examen de ADN se divide en las siguientes etapas: a) *La recopilación y conservación de la muestra.* Para efectos del análisis de

ADN el experto debe ubicar y recoger vestigios en el lugar del hecho y, más precisamente, en el cuerpo de la víctima. Ello supone que la muestra tomada deba ser conservada hasta su arribo al lugar donde debe ser analizado. La observancia de protocolos para la cadena de custodia de los vestigios es crucial para el éxito del examen; b) *Análisis de la muestra y contrastación*. Consiste en el análisis en laboratorio de la muestra recopilada para obtener un perfil genético y proceder a su contrastación con el perfil obtenido del intervenido -imputado o víctima; c) *Resultado estadístico de los resultados*. El resultado final del examen debe expresarse en dos sentidos: la exclusión o no coincidencia de los perfiles genéticos comparados o la no exclusión o coincidencia de los mismos. Solo en el primer sentido puede sostenerse que el resultado es absoluto, vale decir, que descarta que el perfil genético de la intervenida, no corresponde al ADN del vestigio encontrado en la escena del delito. Pero en el segundo caso, es menester expresar la coincidencia de perfiles en términos probabilísticos porcentuales"; d) *Elaboración del Informe pericial.-* El mismo que debe cumplir con los requerimientos mínimos del artículo 178 CPP; vale decir, que no se circunscriba solamente a la presentación de los resultados, sino que esté articulado con el objeto de análisis y sus características, el método utilizado y sus posibles limitaciones; e) Rexamen del perito. Finalmente, el punto de encuentro entre la llamada prueba científica y los sujetos procesales es el examen pericial de los peritos. En esta parte de la prueba pericial el experto genético explicará el contenido de su informe pericial de ADN. Será el escenario ideal para que las partes puedan tomar conocimiento, a través del examen correspondiente, del grado de fiabilidad y consistencia del informe sustentado por el experto. En este sentido se establece en el artículo 181 CPP que "*El examen o interrogatorio del perito en la audiencia se orientará a obtener una mejor explicación sobre la comprobación que se haya efectuado respecto al objeto de la pericia, sobre los fundamentos y la conclusión que sostiene*". Se trata por tanto de un examen integral y no solo focalizado en el resultado o las conclusiones del informe pericial. Sería un error para las partes y generaría una asimetría de información en el proceso, si se adoptase esta actitud sesgada, por los sujetos procesales. Ciertamente, esta labor examinadora podrá ser más eficiente con la interconsulta de la que puedan hacer uso las partes. La importancia de esta última etapa es la que explica la necesidad que el

órgano de prueba explique y someta al contradictorio su análisis de ADN y que el informe adquiera valor probatorio con la ratificación oral y no como mero documento –es claro, en todo caso, que el examen del perito está condicionado a las solicitudes probatorias de las partes procesales y, previamente, a la solidez del informe pericial y a la corrección de la toma de muestras y a la legalidad o no ruptura de la cadena de custodia-.

27° La relevancia del análisis del ADN se destaca sobre todo en los casos en que hay una interacción relevante entre la víctima y el agresor. El intercambio se produce en cualquier parte del cuerpo, con el consiguiente desprendimiento de pelos de la cabeza, vellos pubianos, saliva, sangre o sudor. En los delitos violentos realizados en un contexto de clandestinidad, en el que la víctima es testigo único de su tragedia, el examen de ADN es fundamental. En estos casos, el testimonio de la víctima es importante y siempre que cumpla con los requisitos establecidos en el Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116, pero la función identificadora del examen de ADN es un indicio, corroborativo de la afirmación de la víctima; aunque, claro está, no es el único (su ausencia no necesariamente determinará, caso por caso, un supuesto de insuficiencia probatoria). Queda claro, entonces, que el examen de ADN es una prueba de probabilidad de gran margen de seguridad, por lo que mediante ella se determina, sin ningún género de duda razonable, que el material biológico utilizado pertenece efectivamente a la persona, identificándola, pero se requiere contar con otras pruebas, directas o indirectas, para demostrar la autoría de los hechos que se imputan a quien es identificado genéticamente. Por ello, así como la falta de coincidencia de los polimorfismos de dos muestras de ADN excluye, de una manera indubitada, la pertenencia a la misma persona la coincidencia de los polimorfismos de dos muestras no supone ninguna certeza respecto de la comisión del delito, sino la atribución de un valor de mera probabilidad.

28° La importancia forense de este medio de prueba va más allá del ámbito penal. Sirve para la determinación de la paternidad, en los procesos civiles. Es un factor fundamental en la identificación de personas desaparecidas o fallecidas en un accidente. Pero sirve igualmente en el proceso penal, tanto a la defensa como al fiscal. Su utilidad no solo se expresa en los casos presentes, sino también en los casos antiguos y

archivados provisionalmente. Desde esta perspectiva, puede señalarse que la víctima o sus familiares pueden considerar positivo este uso del examen, como una expresión del derecho a conocer la verdad. Aun cuando hay quienes consideren negativa la posibilidad de una reapertura del caso, por la revictimización. Como fuera, la amplia aplicación del examen de ADN sirve al propósito del esclarecimiento del objeto del proceso. No es desdeñable su potencialidad aplicativa en los casos de revisión relacionados con homicidios, delitos contra la libertad sexual u omisión de asistencia familiar. Dado aún su incipiente uso en nuestro país, y que dificultan el uso de los resultados en tiempo oportuno, es bastante probable que sea invocado como medio de prueba nuevo. Y esta calificación puede aceptarse aun cuando haya habido un examen de ADN durante el proceso, pero con muestras diminutas o degradadas que, en el actual estado de la ciencia, pueden ser utilizadas.

29º Ahora bien, la posibilidad de ofrecimiento de este medio de prueba es amplia. Si bien en el Código Procesal Penal se señala como límite mínimo para disponer una intervención corporal con fines de examen genético molecular, la pena conminada mayor de 4 años de privación de libertad, ello no obsta para que la parte interesada pueda ofrecer este medio de prueba en delitos que no sobrepasen este límite. El único condicionante en este caso está relacionado con el consentimiento de la persona intervenida. Consentimiento que se entiende implícito si se trata de la parte oferente. Si la intervención corporal para fines de examen de ADN lo pidiese el fiscal, el no asentimiento del imputado puede considerarse como un indicio de cargo, débil pero indicio al fin. Sin embargo, aun cuando sus posibilidades de uso son amplias, tanto las partes como el propio juez, deben ser conscientes que el examen de ADN presenta diversas limitaciones. A guisa referencial deben señalarse las siguientes: a. No todo examen de ADN, per se, es eficaz sino tan solo el que recae sobre en los genes más polimórficos -el que ofrece más posibilidades de diferenciación-; b. Según el tipo de gen sobre el que se realice el examen, debe usarse determinado método; c. El examen de ADN será tan eficaz en su aproximación probabilística, cuanto mayor cantidad de marcadores sean analizados; d. Por el estado de la ciencia aún no existe la posibilidad de determinar la antigüedad del ADN

analizado; e. El método utilizado en el análisis está en función del tipo de vestigio a analizar -saliva, semen, pelo, piel, sangre-; f. Las técnicas de recopilación, conservación, análisis, contrastación y presentación de resultados debe ser aplicadas necesariamente por especialistas; g. Por tanto, deben existir protocolos actualizados; h. En el procedimiento del examen del ADN debe tenerse especial cuidado en la preservación de la cadena de custodia; i. Un examen de ADN puede no aproximarse a la identificación del sospechoso por diversos problemas relacionados con el examen -contaminación, degradación, mezcla, insuficiencia-.

5. El rol del perito genético en el proceso penal

31° La delimitación de los roles del perito y de los jueces en materia probatoria, en especial en el ámbito de un conocimiento tan especializado como el examen de ADN, refleja la relación que existe entre la ciencia y el derecho. En sentido más restringido, hace necesario diferenciar y asemejar, en lo que sea posible, los conceptos de prueba científica y prueba jurídica. La determinación del contenido de esta relación puede dar lugar a dos actitudes extremas. Por un lado, la pretensión de considerar a los jueces como "peritos de peritos", lo que evidencia un absurdo y osado activismo judicial. Esta pretensión no se sostiene más, vista la evolución y complejidad creciente de los conocimientos científicos y tecnológicos. Pero, por otro lado, subsiste la actitud del perito tradicional de pretender sustituir al juez, sustentado en su intuición, en su experiencia y considerando que sus conclusiones son verdades absolutas e inconclusas. De esta manera los peritos tradicionales se constituían en *summum sapiens*, cuyas conclusiones desbordaban la apreciación técnico-científica para invadir espacios propios del juzgador (activismo pericial).

32° Estos dos extremos deben ser morigerados. Los peritos en el sistema procesal penal son auxiliares, calificados claro está, del servicio de justicia. Éstos, mediante sus conocimientos profesionales, ayudan al órgano jurisdiccional en la estimación de una cuestión probatoria. Con sus conocimientos y habilidades especializadas coadyuvan a esclarecer la verdad, en el ámbito de lo que es objeto de análisis. En particular, en el ámbito del análisis del ADN deben realizar su labor pericial observando estrictamente los protocolos en cada una de las

fases de este examen. En el informe pericial deben dar cuenta de las condiciones para el recojo de la muestra de ADN, el método utilizado; su correspondencia con el tipo de vestigio analizado; la cantidad de marcadores y su grado de polimorfismo; las limitaciones y la fecha de recojo; las condiciones de conservación, la correlación entre el análisis realizado y las conclusiones. Se trata de una presentación objetiva y probabilística de los resultados del examen; no de explicar la correlación entre el resultado obtenido y el peso probatorio del indicio a probar. Tanto en este caso como en general en la prueba pericial, el juez debe examinar por sí mismo el dictamen del perito según su fuerza persuasiva y no puede adoptar en la sentencia los resultados del perito sin haberlos controlado -si el juez quiera apartarse del dictamen del perito debe fundar su opinión de forma verificable, con una exposición de las diferencias con el dictamen, sin desligarse de los estándares científicos-.

33° En este sentido, lo que debe contener el informe del perito biólogo se ha de adecuar a lo establecido en el artículo 178 CPP; esto es, debe realizar una descripción genérica del objeto de análisis, señalando el tipo de vestigio analizado, la fecha de su recopilación, el estado en que encontró los vestigios analizados; la cantidad de marcadores estudiados, el o los métodos utilizados; la posible existencia de factores limitantes o distorsionantes del estudio; la exposición detallada de lo que se ha comprobado en relación al encargo; la motivación del examen realizado; las conclusiones en términos probabilísticos de la correspondencia del vestigio encontrado en la escena del delito con el ADN del intervenido -procesado o no-. Al respecto no basta con verificar la actuación de un/ análisis, como el de ADN con métodos científicos. Ha de considerarse los criterios de fiabilidad que deberán explicar los expertos en el examen y contra examen; a saber: a) verificabilidad del método; b) falseabilidad; c) sometimiento al control de la comunidad científica; d) conocimiento del margen de error, y e) aceptación general de la comunidad científica.

34° En ningún caso se podrá expresar en el informe pericial juicios respecto a la responsabilidad o no responsabilidad penal del imputado en relación con el hecho delictuoso materia del proceso. Tampoco se podrá calificar el valor probatorio del resultado obtenido. La fiabilidad del informe presentado por el perito genético dependerá "[...] *de la*

validez científica del método usado, de que haya utilizado la tecnología apropiada y de que se hayan seguido rigurosos exámenes de calidad".

6. La valoración del juez del examen de ADN

35. En el Código Procesal Penal se ha establecido como regla de valoración lo siguiente: "*El Juez Penal para la apreciación de las pruebas procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás. La valoración probatoria respetará las reglas de la sana crítica, especialmente conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos*". La primera regla es que corresponde solo al juez proceder a la valoración jurídica de los medios de prueba actuados en el plenario y de ser el caso de la prueba anticipada. El examen de ADN es solo uno de los medios de prueba que el juez tendrá en el caudal probatorio, y cuya valoración deberá primero abordar individualmente. Dicha valoración se realizará conforme a las reglas de la sana crítica, lo que significa que incluso en el caso del análisis del ADN, el juez no puede aceptar acríticamente los resultados del examen realizado, sino tomará en consideración la validez del examen realizado, y las observaciones o limitaciones evidenciadas en la ratificación del informe pericial. Por el criterio probatorio de la sana crítica el juez mantiene la facultad discrecional de validar los medios de prueba. El único límite que se plantea esta libertad es la fundamentación racional de la valoración que haga.

36º En este sentido, se dice que el juez no solo valora en función de las reglas dela lógica y las máximas de la experiencia, sino también valora conforme a los conocimientos científicos. Es cierto como dice FAUSTO GIUNTA que el juez utiliza, en cuanto miembro de la comunidad, y sin necesidad de intermediarios, generalizaciones empíricas y culturales sintetizadas en las llamadas "máximas de la experiencia" que como criterios de inferencia conducen a probar los indicios. Pero ello no lo exime de la obligación de valorar conforme a los conocimientos científicos. Y ello porque si bien es cierto la base o sustento determinación del objeto del proceso lo determina el sentido común; cuestión que es propia del juez en la valoración, no puede desdeñar la valoración de los indicios probados y sustentados en el conocimiento científico que es más objetivo, racional y medible. Como

sostiene Giunta, la voz de la ciencia está dotada de mayor credibilidad explicativa que la ofrecida por las máximas de la experiencia.

37° Luego de haber valorado individualmente los medios de prueba, el juez procederá a valorar integralmente o de manera correlacionada todos los medios de prueba. Esta regla no excluye el caso de la valoración del examen de ADN, como medio de prueba único -o como impropiamente se le denomina "pleno" o "absoluto". Pues incluso en los casos aparentemente más evidentes, el examen de ADN debe ser corroborado con otros medios de prueba, para probar el objeto del proceso. Es aquí donde los medios de prueba científicos, como el análisis del ADN, se relativizan en su valor probatorio desde el punto de vista jurídico, porque lo que se trata es de probar el objeto del proceso que está conformado por un conjunto de circunstancias de la que el examen de ADN solo puede dar cuenta parcial.

7. El valor probatorio del examen de ADN en los delitos sexuales

38° En el ámbito de los delitos sexuales, en particular los de violación de la libertad sexual, la forma de la comisión del delito está signado normalmente por la clandestinidad en su comisión. Esto significa que en la escena del delito solo se encuentra el agresor y la víctima. Por tanto, la forma de probar el hecho punible y sobre todo la responsabilidad del acusado, exige el cumplimiento de los criterios de seguridad que en su día establecieron los Acuerdos Plenarios 2-2005/CJ-116 y 1-2011/CJ-116. El testimonio de la víctima será decisivo para tal propósito, a condición que cumpla determinadas exigencias de verosimilitud y sea corroborado con otros elementos externos periféricos. La obtención de la prueba se complica aún más si la denuncia del delito se presenta mucho después de sucedido el hecho punible o si la víctima es menor de edad o ha sido puesta o se ha aprovechado de su estado de inconciencia.

39.° En este contexto, se ha considerado útil, bajo determinadas circunstancias y sin asumir criterios de pruebas obligatorias o tasadas, la realización del examen de ADN para el esclarecimiento del hecho. Dicha utilidad se evidencia en particular en los delitos de violación de la libertad sexual, porque en su forma de realización es evidente que hay un nivel de acercamiento corpóreo entre el agresor y la víctima,

lo que supone la presencia de vestigios dejados por el agresor en la escena del delito. El examen de ADN servirá en estas circunstancias siempre que la escena del delito no sea el lugar donde viven la víctima y el sospechoso, pues la homologación de los vestigios con el ADN del sospechoso será equívoco.

40° La utilidad del examen de ADN es más relevante si se encuentra vestigios de semen en la zona periférica del cuerpo de la víctima o en sus partes íntimas. En estos casos, es indiferente que el agresor ocupe el mismo espacio que la víctima, pues el lugar de hallazgo del vestigio evidencia una aproximación inapropiada anormal del agresor con la víctima, conforme a las máximas de la experiencia. Por eso es importante para habilitar el examen de ADN que la víctima adopte las medidas adecuadas en cuanto a su aseo luego de la agresión sexual. A medida que pasa el tiempo luego de cometido el delito, el examen de ADN va perdiendo importancia.

41° Ahora bien, en el caso que fue materia de la sentencia casatoria objeto de análisis, la exclusión de la paternidad mediante el examen de ADN se plantea la cuestión de si dicha constatación es suficiente para optar por la absolución del imputado excluido. Para ello deben abordarse diversas circunstancias. En principio, en el caso de una imputación por delito violación de menor de edad, la exclusión del imputado de la paternidad, mediante esta prueba, solo constituye un contra indicio, pero no excluye la posibilidad que el imputado excluido haya vulnerado la indemnidad sexual de la víctima. Es posible que la menor agraviada haya sido víctima de violación por el imputado excluido, pero haya resultado embarazada por acción de otro agresor. Para ello el juez deberá valorar otros indicios que pueden llevar al hecho indicado -indicio de capacidad, de mala justificación, de sospecha, de oportunidad, antecedente.

42° Tratándose de violaciones de mayores de edad la no exclusión de paternidad del agresor tampoco constituye indicio de cargo único y suficiente para optar por la responsabilidad del acusado. Constituye sí un indicio fuerte y concluyente de la materialidad del delito, pero que debe complementarse con otros indicios que cubran la involuntariedad de la víctima en la realización del acto sexual. Pero igualmente tampoco es evidente si lo que es objeto del proceso comprende un periodo de tiempo en el que puedan haberse realizado varios actos

sexuales. Las circunstancias del caso concreto y la valoración de los medios de prueba y elementos externos periféricos determinará la conclusión jurisdiccional.

43° Finalmente, si el examen de ADN tiene como soporte un vestigio distinto a la de semen, la no exclusión del perfil genético del imputado constituye un indicio de presencia de este y que corrobora la identificación que pueda haber hecho la víctima, mediante declaración testimonial. De la misma manera debe ser corroborado su dicho con otros elementos periféricos externos para concluir por la responsabilidad del imputado.

229

§229. Valoración probatoria en el delito de lavado de activos

Casación	675-2016-ICA
Fecha	11 de abril de 2019
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Castañeda Otsu.
Jueces Supremos	Prado Saldarriaga, Barrios Alvarado, Quintanilla Chacón, Castañeda Otsu, Pacheco Huancas.
Disposiciones estudiadas	Art. 158 del NCPP, Lavado de Activos Ley N° 27765.

RESUMEN:

i) En cuanto a la prueba personal, de acuerdo con las Casaciones N.º 5-2007-Huaura y N.º 385-2013/San Martín, si bien por la inmediación le corresponde valorarla al juez de primera instancia, empero el tribunal superior puede controlar, a través del recurso de apelación, si dicha valoración infringió las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia. En este caso, la Sala Penal de Apelaciones no sustentó por qué razones compartió la argumentación del Juzgado Penal Colegiado, si este no indicó, de conformidad con el Acuerdo Plenario 2-2005-CJ/116 y el R.N. N.° 3044-2004, cuál de las versiones de los testigos le genera mayor credibilidad, si los relatos incriminatorios brindados en la investigación preparatoria –con la garantía de la presencia de su abogado defensor y ante el fiscal– o sus retractaciones rendidas en juicio oral.

ii) Sobre la prueba indiciaria en el delito de lavado de activos, en la Sentencia Plenaria Casatoria N.° 1-2017/CIJ-433, se reitera la necesidad de acudir a los indicios, y sostiene que los más habituales fueron expuestos en el Acuerdo Plenario N.° 3-2010/CJ-116. En este caso, la Sala Penal de Apelaciones no consideró entre otros indicios, la proximidad de las fechas de la adquisición de los bienes con la actividad criminal previa, los vínculos familiares y de amistad entre los acusados.

Tampoco explicitó la regla de inferencia que le permitió dar por acreditada la solvencia económica para la adquisición de los bienes, ni explicó por qué ingresos económicos posteriores justificarían operaciones anteriores.

Se produjo entonces una vulneración de garantías constitucionales de carácter material; y el apartamiento de la doctrina jurisprudencial de esta Corte Suprema.

FUNDAMENTOS:

LA VALORACIÓN PROBATORIA EN EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

NOVENO. Para resolver lo que es materia del examen casacional, es necesario referirnos en términos generales a la valoración de la prueba, la cual conforme al inciso 1, artículo 158, del CPP, debe ser realizada observando las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia. Estos tres elementos son componentes de la sana crítica racional, la que implica que la valoración la realiza el juez, no por reglas legales apriorísticas, sino en virtud a la relación entre cada uno de los hechos que se estiman probados y el medio de prueba del que se ha desprendido la convicción judicial. Las reglas de la sana crítica aportan criterios de solidez de la inferencia probatoria[160].

DÉCIMO. Expuesto lo anterior y en específico respecto a la valoración de la prueba personal, esta Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N.° 2-2005/CJ-11[161], relativo a los requisitos de la sindicación del coacusado, testigo o agraviado, estableció como pauta de interpretación que cuando declare un agraviado, aun cuando sea el único testigo de los hechos, al no regir el antiguo principio jurídico *testis unus testis nullus* (testigo único, testigo nulo), tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones.

Precisa que las garantías de certeza, son las siguientes: a) Ausencia de incredibilidad subjetiva. Es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan

---

160 SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho procesal penal. Lecciones. 1.a edición. Lima: INPECCP Y CENALES, 2015, p. 591.

161 Del 30 de setiembre de 2005. Asunto: requisitos de la sindicación de coacusado, testigo o agraviado.

incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza. b) Verosimilitud, que no solo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria. c) Persistencia en la incriminación.

DECIMOPRIMERO. Por otro lado, el inciso 2, artículo 425, del CPP estipula que la Sala Penal de Apelaciones no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia. Esta disposición normativa fue interpretada por esta Corte Suprema en la Casación N.º 5-2007/Huaura, del once de octubre de dos mil siete, en cuyo fundamento jurídico sétimo se establece que:

Es exacto que con arreglo a los principio de inmediación y de oralidad, que priman en materia de la actuación y ulterior valorabilidad y valoración de la prueba personal, el Tribunal de Alzada no está autorizado a variar la conclusión o valoración que de su contenido y atendibilidad realice el órgano jurisdiccional de primera instancia. Ello, desde luego, reduce el criterio fiscalizador del Tribunal de Apelación, pero no lo elimina. En esos casos –las denominadas "zonas opacas"– los datos expresados por los testigos estrechamente ligados a la inmediación (lenguaje, capacidad narrativa, expresividad de sus manifestaciones, precisiones en su discurso, etcétera) no son susceptibles de supervisión y control en apelación; no pueden ser variados. Empero, existen "zonas abiertas", accesibles al control. Se trata de los aspectos relativos a la estructura racional del propio contenido de la prueba, ajenos en sí mismos a la percepción sensorial del juzgador de primera instancia, que pueden ser fiscalizados a través de las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos. En consecuencia, el relato fáctico que el Tribunal de Primera Instancia asume como hecho probado, no siempre es inconmovible, pues: a) puede ser entendido o apreciado con manifiesto error o de modo radicalmente inexacto –el testigo no dice lo que lo menciona el fallo–; b) puede ser oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio en sí mismo; o, c) ha podido ser desvirtuado por pruebas practicadas en segunda instancia [...].

Finalmente, concluye que en la prueba personal, el órgano jurisdiccional de segunda instancia debe valorar también la coherencia y persistencia de los principales testigos de cargo. Teniendo en cuenta ello, el hecho de que un testigo brinde diversas versiones en el proceso no inhabilita al órgano jurisdiccional a optar por una de las versiones, siempre y cuando explicite los motivos por los

cuales se decidió de esa forma; para ello, se valdrá de las reglas de la experiencia, la verificación de la suficiencia, el análisis del conjunto de prueba apreciada por el órgano jurisdiccional de primera instancia y, el razonamiento sólido y completo que este mismo haya realizado. Esta posición fue ratificada en los fundamentos 5.15 a 5.17 de la Casación N.º 385-2013/San Martín, del cinco de mayo de dos mil quince, a la que se otorgó el valor de doctrina jurisprudencial.

DECIMOSEGUNDO. Y es que en efecto, siguiendo a MONTERO AROCA Y FLORS MATÍES, se afirma que: "Tratándose de pruebas personales, como la testifical, la única inmediación es aquella de la que goza el Tribunal de Instancia, a quién corresponde su valoración conforme a los principios de oralidad y su consecuencia la inmediación, debiendo prevalecer esa valoración, salvo que se evidencia un fallo en el razonamiento lógico o en el proceso inductivo del juzgador de instancia, o cuando por el mismo se establezcan afirmaciones o conclusiones arbitrarias y absurdas, y lo mismo debe decirse cuando se trata de la prueba pericial"[162].

DECIMOTERCERO. En cuanto a la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial, se encuentra consagrada en el inciso 3, artículo 158, del CPP, el cual precisa de tres exigencias legales: a) que el indicio sea probado; b) que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia; y c) que cuando se trate de indicios contingentes, estos sean plurales, concordantes y convergentes, así como no se presenten contraindicios consistentes.

DECIMOCUARTO. Estas exigencias constituyen estándares racionales en la estimación del valor probatorio de la prueba por indicios; no obstante, son la racionalidad de las inferencias formuladas por el juez las que garantizan la equidad y la fiabilidad. Por consiguiente, cuando las inferencias son fiables, la prueba por indicios puede tener el mismo valor probatorio que cualquier otro tipo de pruebas[163].

DECIMOQUINTO. Respecto a la prueba indiciaria, este Supremo Tribunal ha establecido diversas reglas jurídicas que deben tomarse en cuenta por los magistrados de instancias inferiores. Citamos el R. N. N.° 1912-2005/ Piura, del seis de setiembre de dos mil cinco[164], que siguiendo al Tribunal Europeo

---

162 Citado por PICÓ I JUNOY. "Valoración de la prueba y segunda instancia civil: hacia la búsqueda del necesario equilibrio". Revista Jurídica de Catalunia, 3/2009, pág. 57.

163 TARUFFO, citado por SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho procesal penal. Lecciones.1.a edición. Lima: INPECCP Y CENALES, 2015, p. 606.

164 Declarado precedente vinculante por el Acuerdo Plenario N.º 1-2006/ESV-22, del 13 de octubre de 2006. También se destaca la STC N.° 00728-2008-PHC.

de Derecho Humanos, considera que "la prueba por indicios no se opone a la presunción de inocencia, y que lo característico de esta prueba es que su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar. Su eficacia para enervar la presunción de inocencia requiere materialmente que los indicios –hecho base– deben: a) estar plenamente probado –por los diversos medios de prueba que autoriza la ley–; b) ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa; c) ser concomitantes al hecho que se trata de probar; y d) estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia".

DECIMOSEXTO. El delito de lavado de activos, por lo común, se acredita mediante la prueba por indicios. Esta Corte Suprema, en el fundamento trigésimo cuarto del Acuerdo Plenario N.º 3-2010/CJ-116[165], sostuvo que no se pueden establecer criterios cerrados o parámetros fijos en materia de indicios y de prueba indiciaría. Es por ello que se establecieron algunas aplicaciones de este tipo de prueba y que no vienen sino a indicar en el fondo la clara intención de ocultar o encubrir los objetos materiales del delito. Así, señala los siguientes indicios.

16.1. Incremento inusual del patrimonio del imputado.

16.2. Manejo de cantidades de dinero que por su elevada cantidad, dinámica de las transmisiones, utilización de testaferros, depósitos o apertura de cuentas en países distintos de la residencia de su titular, o por tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias.

16.3. Inexistencia o notable insuficiencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias.

16.4. La ausencia de una explicación razonable del imputado sobre sus adquisiciones y el destino que pensaba darles o sobre las anómalas operaciones detectadas.

16.5. Vínculo o conexión con actividades delictivas previas o con personas o grupos relacionados con las mismas[166].

---

165 Del dieciséis de noviembre de dos mil diez. Asunto: el delito de lavado de activos.

166 La dinámica de las operaciones económicas del blanqueo permite advertir que en estas suelen intervenir personas con vínculos familiares o relaciones lo suficientemente estrechas para asegurar el secretismo de las maniobras dirigidas al proceso de reciclaje. En estos supuestos, es factible acreditar con

DECIMOSÉTIMO. En la Sentencia Plenaria Casatoria N.° 1-2017/CIJ-433[167], esta Corte Suprema reitera la necesidad de acudir a la prueba por indicios, y sostiene que los más habituales fueron expuestos en el Acuerdo Plenario N.° 3-2010/CJ-116. Se agrega que muchos pueden ser los indicios ciertos, graves, interrelacionados que, a partir de una inferencia precisa y argumentalmente sólida –con pleno respeto de las reglas de la sana crítica (principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos: artículo 393, apartado 2, del CPP)–, y sin prueba de lo contrario –no desvirtuados por otras pruebas, entre los que se incluyen los contraindicios–, pueden establecer la comisión del delito de lavado de activos.

ANÁLISIS DEL CASO

DECIMOCTAVO. Como se ha indicado la sentencia de vista confirmó la de primera instancia que absolvió a todos los acusados por el delito de lavado de activos. Con base en la valoración del Juzgado Penal Colegiado, concluye que:

18.1. No existe controversia respecto a que Germán Luna Tipiana y Eugenio Jesús Donayre Ormeño venían siendo investigados por la presunta comisión de los delitos de falsedad documental y falsedad ideológica, en agravio de la ONP (Expediente N.° 1153-2009). 18.2. No existe controversia respecto al hecho que desde el dos mil cinco, la ONP evidenció el incremento considerable de la presentación de solicitudes de prensiones de jubilación, a las que se adjuntaron en su mayoría documentos adulterados. Esto originó un proceso paralelo –refiriéndose al presente proceso–, y que por consiguiente, no existe controversia respecto al delito fuente.

18.3. Los testigos ofrecidos por el Ministerio Público: Teresa del Rosario Herrera Romano, Sarita Rosario espino Rojas, Carlos Eduardo

---

menor dificultad los denominados indicios de oportunidad o vinculación, el cual se basa en la evidencia de relaciones o vínculos del imputado con actividades delictivas rentables de familiares o cercanos. Así también, el indicio de la ausencia o insuficiencia de actividades económicas lícitas que justifiquen un inusitado incremento patrimonial, concretamente, el conocimiento que dicha situación tiene o debía presumir la persona estrechamente vinculada. MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel. El delito de lavado de activos. Aspectos sustantivos y procesales del tipo base como delito autónomo. Lima: Editorial Instituto Pacífico, 2017, pp. 432 y 433.

[167] Del 11 de octubre de 2017. Asunto: Alcances del delito de lavado de activos: artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, modificado por el Decreto Legislativo 1249; y, estándar de prueba para su persecución procesal y condena.

Olaechea Auques y Jorge Luis García Hernández, no aportaron indicios sustanciales del actuar delictivo de los acusados, por los actos de ocultamiento y tenencia.

DECIMONOVENO. En cuanto a los cuatro testigos mencionados, el Ministerio Público construyó su tesis incriminatoria con base en sus testimoniales brindadas a nivel preliminar, y a través de las cuales obtuvo información no solo de los bienes que habría adquirido Luna Tipiana, sino también de las personas a cuyos nombres los colocó, entre ellos, sus familiares, su exconviviente Mendoza Calcín (respecto de quien indicaron que vivía en Arequipa) y su coacusado Donayre Ormeño. En juicio oral, estos testigos se retractaron.

En la sentencia de vista, se concluye que los citados testigos no aportaron indicios sustanciales del actuar delictivo de los acusados, pues Teresa del Rosario Herrera Romano negó haber participado conjuntamente con Luna Tipiana en los trámites ante la ONP, por el contrario señaló haber participado con su coprocesado Chacaliaza de la Cruz (Expediente N.° 1153-2009). Sarita Rosario Espino Rojas, declaró que desconocía sobre el patrimonio de Luna Tipiana y que solo escuchó que tenía propiedades, por ello se la consideró testigo de oídas de conformidad con el artículo 166 del CPP. Carlos Eduardo Olaechea Auques, si bien ratificó que recibió dinero de Luna Tipiana para realizar labores de albañilería; sin embargo, no dio referencias sobre los inmuebles. Jorge Luis García Hernández, señaló que fue presionado por la policía para que incrimine a Luna Tipiana y que no le constaba que producto de los trámites ilegales en la ONP haya forjado su fortuna y adquirido propiedades.

VIGÉSIMO. En relación a la valoración de la prueba personal, se advierte una motivación insuficiente, ya que la Sala Penal de Apelaciones no sustentó porque razones compartió la argumentación del Juzgado Penal Colegiado, pues no se indicó cuál de las versiones de los testigos ofrece mayor credibilidad, sí las brindadas en la investigación preparatoria –con la garantía de la presencia de su abogado defensor y ante el fiscal– o la que se rindió en juicio oral.

Conforme se ha indicado, si bien por la inmediación corresponde al juez de primera instancia valorar la prueba personal, empero el tribunal superior está posibilitado a controlar, a través del recurso de apelación, si dicha valoración infringió las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia. En este caso, debió controlar si las declaraciones fueron valoradas conforme a los criterios establecidos por el Acuerdo Plenario 2-2005-CJ/116 ya mencionado, y

siguiendo las pautas interpretativas establecidas en el R.N. N.° 3044-2004[168], que constituye precedente vinculante, el mismo que aborda dos tópicos: retractación y no persistencia, y cuyos criterios resultan aplicables al nuevo modelo procesal con los matices correspondientes.

Vigesimoprimero. En relación a la prueba indiciaria, la Sala Penal de Apelaciones con cita del Acuerdo Plenario N.° 3-2010/CJ-116, concluyó que no existe prueba suficiente que sustente una condena contra los acusados. Así, en relación a los indicios, asumiendo la posición del Juzgado Penal Colegiado, sostuvo:

21.1. Sobre el inusual incremento del patrimonio, el Ministerio Público no aportó documento o pericia alguna que evidencie este indicio, por el contrario, los acusados presentaron documentos que acreditarían el origen lícito de los bienes, los que según el Ministerio Público habrían sido entregados por Luna Tipiana.

21.2. Que no se presenta el indicio de manejo de elevadas cantidades de dinero, utilización de testaferros, etc.

21.3. Tampoco se presenta el indicio de inexistencia o notable insuficiencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial, para lo cual recurrió a los mismos argumentos, efectuados en el apartado 21.1.

Vigesimosegundo. En cuanto a la valoración de la prueba indiciaria, los jueces superiores al emitir la sentencia de vista, debieron considerar lo siguiente:

22.1. El acusado Donayre Chipana, hijo del acusado Donayre Ormeño, adquirió el inmueble N.° 2 (cuadro de bienes), el veintiséis de junio de dos mil siete, por la suma de cinco mil dólares estadounidenses, de parte de Margarita Luna Leuyacc, hija de Germán Luna Tipiana, quien fuera coacusado de los dos primeros. Dicho bien le fue transferido a la citada Margarita Luna, por Miguel Ángel Cortez Mendoza, tres meses antes y por un valor de seis mil ciento ochenta dólares estadounidenses. Es decir que el inmueble lo vendió tres meses después

---

168 Del 1 de diciembre de 2004. El fundamento quinto establece como doctrina general que cuando se trata de testigos o imputados que han declarado indistintamente en ambas etapas del proceso penal, en la medida en que la declaración prestada en la etapa de instrucción se haya actuado con las garantías legalmente exigibles –presencia del fiscal y, en su caso, del abogado defensor–, el Tribunal no está obligado a creer aquello que se dijo en el acto oral, sino que tiene libertad para conceder mayor o menor fiabilidad a unas u otras de tales declaraciones, pues puede ocurrir, por determinadas razones –que el Tribunal debe precisar cumplidamente–, que ofrezca mayor credibilidad lo declarado en la etapa de instrucción que lo dicho después en el juicio oral, en tanto dicha declaración se haya sometido en tal acto a contradicción con las garantías de igualdad, publicidad e inmediación y trasunta una mayor verosimilitud y fidelidad.

al acusado Donayre Chipana a un precio menor del adquirido, no apreciándose en el razonamiento lógico que debe invocar un juez, si dicha operación era o no razonable bajo una lógica comercial.

Respecto a la adquisición de este inmueble, el acusado Donayre Chipana presentó seis boletas de pago; sin embargo, estas corresponden a fechas posteriores a la adquisición, entre los años dos mil ocho a dos mil diez.

22.2. La acusada Donayre Vargas, hijo del acusado Donayre Ormeño, adquirió el inmueble N.º 3 (cuadro de bienes), según minuta del treinta de enero de dos mil ocho, por la suma de cinco mil dólares estadounidenses, de parte de Luis Rufino López Tipiana, quien sería familiar de Germán Luna Tipiana, coacusado de los dos primeros.

El acusado Donayre Ormeño aceptó que adquirió el bien para su citada hija; y para acreditar su solvencia económica presentó documentos, como préstamos, liquidación, copia simple de contratos de arrendamientos, entre otros, la mayoría de fechas posteriores a la adquisición del bien, entre los años dos mil nueve y dos mil diez. Se advierte que en este extremo, la Sala Penal de Apelaciones no explicitó porque estos ingresos posteriores justificarían una operación anterior.

22.3. El acusado José Ricardo Herrera Romano, hijo de Teresa Amelia Romano de Herrera, exconviviente de Germán Luna Tipiana, aparece como adquiriente del vehículo con placa de rodaje SF-3582, Mitsubishi, color azul, con fecha de adquisición del cinco de junio de dos mil siete. Él sostuvo que lo compró por su actividad de taxista; sin embargo no tiene licencia de conducir, no obstante que refirió dedicarse a esta actividad por más de veinte años. Además, refirió que una parte del pago del vehículo proviene de un préstamo que le hizo un cambista de apellido Hernández; sin que exista medio probatorio que corrobore su versión.

Se omite en esta oportunidad expresar cuál es la regla de inferencia que se utilizó para dar por acreditada la solvencia económica del citado acusado.

Además, Teresa Amelia Romano de Herrera se encuentra implicada conjuntamente con Donayre Ormeño, como integrante de la organización dedicada a la falsificación de documentos, cuya función fue captar a los pensionistas, y en la que estuvo comprendido su conviviente Germán Luna Tipiana.

22.4. La acusada Martha Beatriz Luna Tipiana, hermana de Germán Luna Tipiana, adquirió tres vehículos menores (mototaxis) con placas de rodaje MG-81924, MG-82668, MG-85053, los dos primeros el veinte de octubre y once de noviembre de dos mil cinco, respectivamente. El tercero lo transfirió a su sobrino Edwin Absber Cavides Luna, el tres de julio de dos mil siete.

Esta acusada inicialmente sostuvo que una mototaxi la adquirió con el dinero de la venta de un inmueble heredado por sus padres, y los otros dos mediante préstamos que le efectuó su vecino de nombre "Félix"; sin embargo, sobre dicho préstamo no presentó documentos que lo corroboren. En la sentencia de primera instancia a la que se remite la Sala Penal de Apelaciones, se consigna que su defensa sostuvo que pudo adquirir dichos vehículos por la venta del inmueble ocurrida el quince de agosto de dos mil siete; sin embargo, los vehículos se adquirieron el dos mil cinco.

En ese sentido, se advierte que en este extremo, la Sala Penal de Apelaciones no explicitó porque estos ingresos posteriores justificarían una operación anterior. 22.5. La acusada Marta Mendoza Calcín, según el fiscal provincial habría adquirido por intermedio de su exconviviente Germán Luna Tipiana, los inmuebles N.º 4, N.º 5 y N.º 6 del cuadro de bienes, ubicados en las siguientes direcciones: i) av. José de Sucre N.º 899, distrito de Parcona, Ica; ii) calle San Vicente de Paul mz. 40 lt. 5, casa A-3, Chala Norte, Arequipa; y iii) calle Octavio Muñoz Najar N.º 223, pje. 2, int. of. 223, Arequipa.

En cuanto al primer inmueble, su defensa sostuvo que lo compró a Domingo Palomino Contreras y a su esposa, el seis de enero del dos mil seis. Esta fecha es próxima al dos mil cinco, en que Luna Tipiana habría presentado las solicitudes de pensiones de jubilación con documentación falsa, circunstancia que los juzgadores debieron correlacionar con la capacidad económica, y explicitar si se trata de un bien vinculado a la actividad criminal previa.

Respecto al segundo y tercer inmueble alegó que se encuentran inscritos a nombre de Marcelina Elena Hilarión León y de una asociación de comerciantes, respectivamente. Esta tesis deberá dilucidarse en el nuevo juicio oral en referencia al material probatorio que aporte el Ministerio Público para demostrar su tesis incriminatoria.

Vigesimotercero. Por otro lado, se verifica que en relación al inmueble ubicado en el centro poblado de Subtajanjalla, Cercado I, mz. Z1, lt. 3, distrito de Subtanjalla casa A-3 (N.º 1 en el cuadro de bienes), fue adjudicado por la Municipalidad Provincial de Ica a Donayre Ormeño y su esposa María Salomé Chipana López, el once de setiembre de dos mil uno, según aparece de la copia literal de dominio (foja 31 del expediente judicial).

Esta fecha es anterior al dos mil cinco, en que se presentaron las solicitudes de pensión de jubilación, sustentadas, según el Ministerio Público, con documentación fraudulenta. Con base en esta constatación, se debió explicitar

que no existiría una relación causal entre este bien y la presunta actividad criminal previa, a fin de establecer si se trata de un bien maculado o no.

Vigesimocuarto. En conclusión, la Sala Penal de Apelaciones no consideró entre otros indicios, la proximidad de las fechas de la adquisición de los bienes con la actividad criminal previa, los vínculos familiares y de amistad entre los acusados. Tampoco evidenció la regla de inferencia que le permitió dar por acreditada la solvencia económica para la adquisición de los bienes, ni explicó por qué ingresos económicos posteriores justificarían operaciones anteriores.

En atención al razonamiento expuesto, se concluye que la sentencia de segunda instancia inobservó los incisos 1 y 3, artículo 158, del CPP, los Acuerdos Plenarios N.º 3-2010/CJ-116 y N.º 2-2005/CJ-116, y las Casaciones N.º 5-2007-Huaura y N.º 385-2013/San Martín. Se produjo entonces una vulneración de garantías constitucionales de carácter material; y apartamiento de la doctrina jurisprudencial de esta Corte Suprema, por lo que corresponde dictar una sentencia rescindente y reenviar el proceso a otros jueces para que se pronuncien sobre el fondo del asunto. Por tanto, los motivos casacionales deben ampararse.

230

§230. Necesidad de la actuación de prueba científica

Casación	240-2016-SAN MARTÍN
Fecha	17 de abril de 2018
Procedencia	Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Quintanilla Chacón.
Jueces Supremos	Lecaros Cornejo, Salas Arenas, Quintanilla Chacón, Chaves Zapater, Castañeda Espinoza.
Disposiciones estudiadas	Art. 157 del NCPP

RESUMEN:

Cuando la actuación de la prueba científica de ADN tiene relación directa con el hecho delictivo que se pretende probar, resulta necesaria su actuación en sede de instancia.

FUNDAMENTOS:

FUNDAMENTOS PRELIMINARES DE ESTA SUPREMA INSTANCIA

A. DERECHO A LA COMUNICACIÓN PREVIA Y DETALLADA DE LA ACUSACIÓN

TERCERO. El artículo IX, del Título Preliminar, del Código Procesal Penal establece que toda persona tiene derecho a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra. De similar manera, el artículo 8.2.b de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que una vez formulada la acusación, esta debe ser comunicada de manera previa y detallada al inculpado.

3.1. Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Barreto Leiva vs. Venezuela[169], estableció que el Estado debe informar al interesado no solamente la causa de la acusación; esto es, las acciones u omisiones que se le imputan, sino también las razones que llevan al Estado a formular la imputación, los fundamentos probatorios y la caracterización legal que se da a esos hechos. Toda esta información debe ser expresa, clara, integral y suficientemente detallada para permitir al acusado ejercer plenamente su derecho a la defensa y muestre al juez su versión de los hechos[170].

3.2. Por su parte, el Tribunal Constitucional estableció que la finalidad de este derecho es brindar al acusado, en forma oportuna, todos los elementos de hecho y derecho, así como los medios probatorios que fundamentan la acusación, con el fin de que este pueda ejercer en forma adecuada y razonable su derecho a la defensa[171].

B. DERECHO A LA DEBIDA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

CUARTO. El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión judicial emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas[172]; ello significa que el deber de motivación de las resoluciones judiciales resulta mayor cuando se trata de resoluciones que restrinjan derechos fundamentales[173] (vg. Derecho a la libertad personal).

4.1. Por otro lado, si bien el dictado de una sentencia condenatoria, por si, no vulnera derechos fundamentales, sí lo hace cuando dicha obligación constitucional se ejerce de manera arbitraria; esto es, cuando no se motiva debidamente la decisión adoptada[174], lo resuelto no resulta congruente con los

---

169 Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf, fundamento 28.

170 En sentido similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia del caso Ayçoban y otros c. Turquía, del veintidós de diciembre de dos mil cinco, precisó que toda persona acusada tiene derecho a ser informada de los motivos de la acusación, entendiendo, por ellos, tanto los actos en los cuales se sustenta, como su naturaleza, esto es, la calificación legal de tales actos. Además, la información sobre los motivos y la naturaleza de la acusación debe ser adecuada para permitirle al acusado preparar su defensa (EXP. N.° 00156-2012-PHC/TC, fundamento 17).

171 Cfr. EXP. N.° 00156-2012-PHC/TC, fundamento 19.

172 Cfr. EXP. N.° 05601-2006-PA/TC, fundamento 3.

173 Cfr. EXP. N.° 6358-2008-PHC/TC, fundamento 6.

174 Cfr. EXP. N.° 02637-2011-PHC/TC, fundamento 6.

hechos imputados al acusado[175] o cuando las conclusiones de la decisión judicial son ajenas a la lógica[176], entre otros supuestos; pues ello significaría contravenir los derechos a la defensa, prueba y motivación de resoluciones judiciales, así como los valores supremos en que nuestro ordenamiento jurídico se sustenta.

4.2. De modo que, en materia penal, el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales garantiza que la decisión expresada en el fallo sea consecuencia de una deducción razonable de los hechos del caso, las pruebas aportadas y la valoración jurídica de ellas en la resolución de la controversia. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea proporcionado y congruente con el problema que al juez penal corresponde resolver[177].

FUNDAMENTOS DE ESTA SUPREMA INSTANCIA

QUINTO. En el caso de autos, al ser la resolución recurrida una sentencia que condenó a Iván Soria Reátegui a treinta años de pena privativa de libertad, la grave intervención en los derechos del procesado (restricción del derecho a la libertad personal) acrecienta los deberes de motivación del órgano jurisdiccional que impone la pena y del que la confirma, en los términos descritos precedentemente.

5.1. Ahora bien, analizando el cumplimiento del derecho de motivación y con el fin de evaluar si la resolución recurrida fue emitida de forma congruente con lo alegado por el representante del Ministerio Público, partimos de los hechos imputados al procesado en la acusación fiscal, donde se señala que el procesado Iván Soria Reátegui habría agredido sexualmente a la menor identificada con las iniciales F. A. A. V. a finales del mes de julio de dos mil trece y fruto de ello quedó embarazada (afirmación que realizó el representante del Ministerio Público en la acusación; además, se conoció el hecho criminal con el examen de embarazo que el padre de la agraviada, Nilton Fernando Alcalde Julca, hizo realizar a su menor hija). Considerando también que el procesado sustentó su defensa en mérito a lo indicado en este extremo de la acusación fiscal.

5.2. Asimismo, a efectos de determinar la responsabilidad o inocencia del procesado, el representante del Ministerio Público ofreció los medios probatorios que estimó necesarios para acreditar la responsabilidad del acusado (declaración

---

175 Cfr. EXP. N.° 03859-2011-PHC/TC, fundamento 4.

176 Cfr. EXP. N.° 0728-2008-PHC/TC, fundamento 8.

177 Cfr. EXP. N.° 00268-2012-PHC/TC, fundamento 3.

de la menor agraviada, declaración de sus padres, pericia médico legal y pericia psicológica, entre otras pruebas), y con ello pretendió enervar la presunción de inocencia que asiste al procesado; por su parte, este solicitó durante todo el proceso se actúe la prueba científica de ADN (en el inicio del juicio oral –foja cuarenta y cinco–, en los alegatos finales –foja ciento cuarenta y ocho–, en la apelación de la sentencia –foja ciento ochenta y cuatro– y en el recurso de casación –foja doscientos treinta–, entre otros), a efectos de determinar la paternidad del menor hijo de la agraviada, supuestamente procreado a consecuencia de la violación sexual, y con ello desvirtuar los argumentos del representante del Ministerio Público.

5.3. La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de San Martín, al emitir pronunciamiento sobre el recurso de apelación presentado en contra de la sentencia de primera instancia que condenó al procesado como autor del delito de violación sexual de menor de edad y le impuso treinta años de pena privativa de libertad, estableció, con relación a la prueba científica de ADN solicitada, que no se encuentra en cuestión la paternidad del hijo de la menor agraviada, sino la violación sexual denunciada.

5.4. Dicho razonamiento carece de coherencia en su justificación, lo que denota la ilogicidad en la motivación de la sentencia recurrida, debido a que la controversia del proceso versaba en determinar si la menor agraviada, quedó embarazada fruto de la agresión sexual, pues así lo postuló el representante del Ministerio Público en su acusación fiscal.

5.5. Además, la argumentación de la referida Sala Penal presenta sustanciales incongruencias en su justificación, debido a que estableció que se encuentra fehacientemente probada la responsabilidad del acusado en los actos de violación sexual denunciados, y que producto de dicha agresión sexual la agraviada quedó embarazada y luego alumbró a un neonato; sin embargo, también descartó la actuación de la prueba biológica de ADN, indicando que no está en discusión la paternidad del menor nacido, sin considerar que el resultado de dicha prueba biológica vincularía plenamente al procesado como progenitor del neonato y, consecuentemente, autor del delito denunciado.

5.6. Tampoco resultan consistentes las conclusiones a las que arribó el Colegiado Superior con lo actuado en el proceso, pues se registra en autos que la menor agraviada, en su declaración referencial (de foja sesenta y dos), y su padre, ante el médico legista que evaluó a la agraviada (a foja ciento dos), señalaron que esta quedó embarazada producto de la violación sexual, sobre lo cual la Sala Superior no realizó algún análisis.

5.7. En ese entender, resulta claro que el Tribunal de mérito no expuso con argumentos determinantes las razones de la omisión en la actuación y valoración de la prueba biológica de ADN, la misma que fue solicitada por el recurrente en su apelación, pues este medio probatorio resulta pertinente y necesario[178] para tener certeza que la procreación del neonato fue producto o no de la violación sexual que sufrió la agraviada, más aún si la imputación fiscal se sustenta, en gran medida, en que el hijo de esta es consecuencia de la violación sexual.

5.8. Ello significa, también, que la Sala Superior, al no compulsar y valorar la prueba biológica de ADN, afectó el derecho del recurrente a utilizar medios de prueba pertinentes para sustentar su defensa, pues este derecho garantiza a las partes la obligatoriedad del juzgador de atender a sus solicitudes de prueba ofrecidas, siempre que las mismas resulten pertinentes y necesarias; tanto más si, reiteramos, dicha prueba resulta de vital importancia para concluir con certeza sobre la responsabilidad del recurrente en los hechos imputados.

5.9. Dicho criterio jurisdiccional resulta congruente con lo establecido por la Sala Penal Permanente, en un caso análogo al presente, donde estableció como doctrina jurisprudencial vinculante que:

En los delitos contra la libertad sexual, cuando se trata de imputación contra una sola persona que ha mantenido relaciones sexuales con la presunta agraviada y, a consecuencia de ello, procrea un menor, es necesaria la realización de la prueba científica de ADN a fin de determinar la paternidad y la responsabilidad penal o no del encausado[179].

5.10. Según lo expuesto, la Sala Superior no solo infringió la garantía constitucional a la debida motivación de las resoluciones judiciales, sino que también contravino, por conexidad, los derechos a la presunción de inocencia y prueba; lo que significa que corresponde anular la sentencia recurrida, así como la sentencia de primera instancia (por contravenir también los citados derechos), y disponer que otro Colegiado emita nuevo pronunciamiento, actuando la prueba científica descrita, en amparo de lo establecido en el inciso uno, del artículo cuatrocientos treinta y tres, del Código Procesal Penal.

---

[178] La actuación de la prueba biológica de ADN debe realizarse garantizando el derecho a la intimidad personal, y considerando lo establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente N.° 00815-2007-PHC/TC.

[179] Casación N.° 292-2014 Áncash, del diecisiete de febrero de dos mil dieciséis; publicada en el diario oficial El Peruano el veintisiete de febrero de dos mil dieciséis.

SEXTO. Finalmente, considerando que el procesado Iván Soria Reátegui se encuentra recluido en el Establecimiento Penitenciario de Yurimaguas, según se registra en el Acta de Entrega y Recepción de Internos (de foja doscientos cincuenta y cuatro), por mandato de la sentencia del quince de julio de dos mil quince (de foja ciento sesenta y uno), confirmada por la sentencia de vista del veintisiete de enero de dos mil dieciséis (de foja trescientos seis), y en atención a que las mismas fueron declaradas nulas por este Supremo Tribunal, corresponde disponer su inmediata excarcelación.

11. ETAPA INTERMEDIA

231

§231. El control de la acusación fiscal

Acuerdo Plenario	6-2009/CJ-116
Fecha	13 de noviembre del 2019
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	Gonzáles Campos, San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Valdez Roca, Barrientos Peña, Biaggi Gómez, Molina Ordoñez, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Barandiarán Dempwolf, Neyra Flores, Calderón Castillo y Zevallos Soto.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 159º.5 de la Const.; 92º.4 de la LOMP; 1º y 92º del C.P.; 219º, 25º, 229º y 292º del ACPP.; 1º, 60º, 344º.1, 344º.2, 349º.1, 349º.2, 350º.1, 352º.2 y 352º.4 del N.C.P.P.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	6º al 15º

RESUMEN:

*La **acusación fiscal desde un punto de vista subjetivo**, debe expresar la **legitimación activa del fiscal** (que sólo puede intervenir en delitos de persecución pública) **y la legitimación pasiva del acusado** (persona física viva e individualizada que ha sido comprendido como imputado en la etapa de instrucción o investigación preparatoria); mientras que, **desde una perspectiva objetiva, debe respetar los requisitos de fundamentación fáctica** (debe describir de modo preciso, concreto y claro los hechos atribuidos al imputado o a la persona a la que se la atribuye responsabilidad civil, con mención fundamentada del resultado de las investigaciones.) **y fundamentación jurídica** (precisión de los elementos legales del hecho punible, la*

indicación de la ley penal correspondiente con las normas que correspondan, referidas a la tipicidad objetiva y subjetiva, al grado del delito, a la forma de autoría o de participación.), así como de ***petición de una sanción penal concreta.***

En el ACPP ***el control de la acusación por el órgano jurisdiccional, previo traslado, debe pronunciarse*** *–se hayan manifestado o no las partes-,* ***sobre aspectos de admisibilidad y procedencia, sin que se haga un análisis probatorio ni pronunciamiento sobre el fondo****. Si bien en el NCPP el control de la acusación –que se llevará a cabo por el Juez de la Investigación Preparatoria-, tampoco puede pronunciarse sobre aspectos de fondo ni incidiendo en un análisis probatorio, se diferencia del primero en tanto éste contará con una fase escrita (traslado a las partes) y con una fase oral (audiencia preliminar), propio de la revalorización de los principios de oralidad y concentración.*

FUNDAMENTOS:

"La acusación fiscal. Alcances jurídicos procesales:

6°. La acusación fiscal es un acto de postulación del Ministerio Público que promueve en régimen de monopolio en los delitos sujetos a persecución pública (artículos 159°.5 de la Constitución, 1° y 92° de la Ley Orgánica del Ministerio Público –en adelante, LOMP, 219° ACPP y 1°, 60° y 344°.1 NCPP). Mediante la acusación la Fiscalía fundamenta y deduce la pretensión penal; esto es, la petición fundamentada dirigida al órgano jurisdiccional para que imponga una sanción penal a una persona por la comisión de un hecho punible que se afirma que ha cometido. La Fiscalía, como se sabe, en virtud del principio de legalidad u obligatoriedad, está obligada a acusar cuando las investigaciones ofrecen base suficiente sobre la comisión del hecho punible atribuido al imputado (expresamente, artículo 344°.1 NCPP).

La acusación fiscal debe cumplir determinados requisitos que condicionan su validez, y que corresponde controlar al órgano jurisdiccional. Con independencia de los presupuestos procesales, cuya ausencia impide al órgano jurisdiccional entrar a examinar el fondo de la pretensión, la acusación fiscal debe expresar, de un lado, la legitimación activa del fiscal como tal –cuya intervención sólo es posible en los delitos de persecución pública- y la legitimación pasiva del acusado, quien desde el Derecho penal debe tratarse no sólo de una persona física viva sino que ha debido ser comprendido como imputado en la etapa de instrucción o investigación

preparatoria y, por ende, estar debidamente individualizado. De otro lado, desde la perspectiva objetiva, la acusación fiscal ha de respetar acabadamente los requisitos objetivos referidos a la causa de pedir: fundamentación fáctica y fundamentación jurídica, y al *petitum* o petición de una concreta sanción penal.

Por otro lado, la acusación fiscal, ante la acumulación del proceso civil al proceso penal (artículo 92° del Código Penal, -en adelante, CP-), también importa la introducción de la pretensión civil, basada en los daños y perjuicios generados por la comisión de un acto ilícito. En función a su característica singular, la acusación fiscal ha de señalar tanto la cantidad en que se aprecien los daños y perjuicios en la esfera patrimonial del perjudicado causados por el delito o la cosa que haya de ser restituida, como la persona o personas que aparezcan responsables –que han debido ser identificadas en una resolución judicial dictada en la etapa de instrucción o investigación preparatoria- y el hecho en virtud del cual hubieren contraído esa responsabilidad.

7°. Los artículos 225° ACPP, 349° NCPP y 92°.4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público identifican el contenido de la acusación fiscal y condicionan su eficacia procesal. La característica común de las normas citadas, desde una perspectiva subjetiva, es la necesidad de una identificación exhaustiva del imputado, quien ha de haber ser sido comprendido como tal mediante una acto de imputación en sede de investigación preparatoria o instrucción –fiscal o judicial, según se trate del NCPP o del ACPP, respectivamente-. Desde la perspectiva objetiva, la acusación debe mencionar acabadamente la fundamentación fáctica, indicar con todo rigor el título de condena y concretar una petición determinada, así como el ofrecimiento de medios de prueba.

Formalmente, además de su carácter escrito, la acusación debe describir de modo preciso, concreto y claro los hechos atribuidos al imputado o a la persona a la que se la atribuye responsabilidad civil, con mención fundamentada del resultado de las investigaciones. Desde el Derecho penal, los hechos que la fundamentan deben ser los que fluyen de la etapa de investigación preparatoria o instrucción. Se exige una relación circunstanciada, temporal y espacial, de las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley, que han de constituir el objeto del juicio oral. Esta descripción ha de incluir, por su necesaria relevancia jurídico - penal, las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

8°. La acusación debe incluir un título de imputación determinado, es decir, una calificación, siempre provisional, del hecho punible objeto de investigación preparatoria o instrucción. Éste comprende la precisión de los elementos legales del hecho punible, la indicación de la ley penal correspondiente con las normas que correspondan, referidas a la tipicidad objetiva y subjetiva, al grado del delito, a la forma de autoría o de participación.

Lo expuesto en el auto de apertura de instrucción o en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria –según se trate del ACPP o del NCPP, respectivamente-, respecto del fundamento jurídico, tiene un carácter relativo: lo que interesa, sin perjuicio de la identificación del imputado, es la definición de los hechos que han sido objeto de investigación, y que no se altere la actividad: identidad, por lo menos parcial, de los actos de ejecución delictiva y la homogeneidad del bien jurídico tutelado. Lo expuesto no hace sino ratificar que ambas decisiones –judicial una y fiscal otra- determinan la legitimación pasiva y se convierten en el requisito previo de la acusación, con lo que evitan las acusaciones sorpresivas y robustecen el derecho de todo ciudadano al conocimiento previo de la acusación; derecho último, que integra la garantía de defensa procesal, y que no implica convertir el auto de apertura de instrucción o la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria en un escrito de acusación.

Una regla expresa sobre esa vinculación relativa del fundamento jurídico de la causa de pedir se encuentra en el artículo 349°.2 NCPP, que incluso autoriza un cambio en la calificación jurídica, siempre –claro está- con pleno respeto del principio acusatorio, que exige en este nivel, de un lado, identidad esencial –es decir, total o parcial- entre los hechos de ejecución delictiva investigados y acusados, y, de otro lado, respeto de la homogeneidad del bien jurídico protegido por el ordenamiento sustantivo. En tanto se trata de un acto de postulación, que es objeto de conocimiento del acusado y respecto del cual se iniciará el juicio oral, no es de recibo sostener que tal proceder del fiscal vulnera el principio de contradicción o lesiona la garantía de defensa procesal.

El control de la acusación en el ACPP:

9°. Como todo acto postulatorio, más aún cuando constituye la base y el límite del juicio oral, la acusación fiscal, en cuanto debe cumplir

determinados requisitos subjetivos y objetivos legalmente previstos, está sujeta al control jurisdiccional, incluso de oficio, imprescindible para evitar nulidad de actuaciones. El marco del control, sin embargo, sólo debe incidir en aquellos aspectos circunscriptos a los juicios de admisibilidad y procedencia, sin que sea dable realizar análisis probatorio alguno ni emitir pronunciamientos sobre el fondo, salvo expresa autorización legal y en la medida de que no genere indefensión material en perjuicio del acusador.

El control, como corresponde, debe realizarse sin mengua del principio de contradicción y de la garantía de tutela jurisdiccional. En consecuencia, interpretando en clave constitucional el artículo 229° ACPP, será menester que previamente a la calificación judicial de la acusación fiscal se corra traslado por un plazo judicial –definido en función a las características y complejidad de la causa- a las demás partes.

10°. Vencido el plazo establecido, con la contestación o no de las partes, el órgano jurisdiccional analizará, en primer lugar, el cumplimiento de los requisitos legales de la acusación. Es decir, si ha cumplido con lo dispuesto en el artículo 225° ACPP. El Fiscal ha de desarrollar en su escrito de acusación los extremos señalados en el párrafo 7°. Su ausencia y, en especial, cuando el Tribunal entendiera, indistintamente, **(i)** que el petitorio o *petitum* sea incompleto o impreciso, **(ii)** que el fundamento de hecho o relato de los hechos fuere insuficiente –no circunstanciado-, vago, oscuro o desordenado, o **(iii)** que la tipificación no se defina en debida forma ni mencione el conjunto de circunstancias de la responsabilidad penal necesarias para la debida individualización, fáctica y jurídica del hecho acusado, deberá devolver mediante resolución motivada e irrecurrible –tal decisión no está prevista en el artículo 292° ACPP- las actuaciones al Fiscal acusador para que se pronuncie sobre el particular y, en su mérito, proceda a subsanar –si correspondiere- las observaciones resaltadas judicialmente.

11°. El alcance del control de la acusación también puede comprender aquellos ámbitos o instituciones procesales que el ACPP autoriza al juez su control o ejercicio de oficio. Se trata de los presupuestos procesales, referidas al órgano jurisdiccional -la jurisdicción y competencia penales- y a la causa -excepciones procesales-. Desde luego, el órgano jurisdiccional puede instar de oficio el trámite para su decisión, pero antes debe conceder a las partes la oportunidad para que se pronuncien al respecto. Resolver de

oficio no significa hacerlo sorpresivamente, sino propiciar judicialmente su discusión para su ulterior decisión.

Toda otra intervención del Tribunal que limite el ejercicio de la acusación e impida el inicio del juicio oral, en función a las características limitadas de la etapa intermedia en el ACPP, no está legalmente permitida.

El control de la acusación en el NCPP:

12°. La etapa intermedia en el NCPP se afilia al sistema legal de la obligatoriedad del control del requerimiento fiscal. El Juez de la Investigación Preparatoria es el encargado de realizar el control de legalidad de la acusación fiscal, esto es, verificar la concurrencia de los presupuestos legales que autorizan la acusación fiscal –ese, y no otro, es su ámbito funcional-.

El procedimiento de la etapa intermedia consta de dos fases: oral y escrita. Las distintas posibilidades que tiene el Juez de la Investigación Preparatoria frente a la acusación fiscal, según los artículos 350°/352° NCPP, pueden concretarse luego del trámite de traslado a las demás partes –nunca antes- (fase escrita) y de la realización de la audiencia preliminar (fase oral, que plasma la vigencia calificada de los principios de oralidad y concentración). El Juez decide luego de escuchar a las todas las partes procesales, nunca antes.

13°. El artículo 350°.1 NCPP autoriza a las partes proponer motivadamente ocho cuestiones o mociones específicas. Ahora bien, el control formal de la acusación fiscal, que incluso puede promoverse de oficio por el Juez de la Investigación Preparatoria –la revisión del cumplimiento de los requisitos legales de un acto procesal trascendente y la validez de la serie procesal constituye una facultad judicial inherente a la potestad jurisdiccional, enraizada en garantía misma de tutela jurisdiccional efectiva-, está contemplado en el literal a) del citado apartado 1) del artículo 350° NCPP. Éste comprende los supuestos descritos en el párrafo 9° en relación con el artículo 349° NCPP. Los defectos denunciados, en caso que se acojan, requerirán, conforme al artículo 352°.2 NCPP, una decisión inmediata de devolución de las actuaciones al Fiscal, con la necesaria suspensión de la audiencia, siempre que se requiera de "*...un nuevo análisis del Ministerio Público*".

14°. El control sustancial de la acusación está en función al mérito mismo del acto postulatorio del Fiscal. Negar la validez de la acusación y la

consecuente procedencia del juicio oral –con independencia de la aplicación de un criterio de oportunidad, circunscripto a los supuestos del artículo 2° NCPP, y de la deducción de excepciones- sólo es posible si se presentan los requisitos que permiten el sobreseimiento de la causa, los que están taxativamente contemplados en el artículo 344°.2 NCPP.

Este control, por imperio del artículo 352°.4 NCPP, puede ser realizado de oficio. Al Juez de la Investigación Preparatoria le corresponde decretarla, cuando la presencia de los requisitos del sobreseimiento es patente o palmaria, no sin antes instar el pronunciamiento de las partes sobre el particular.

15°. Por la propia naturaleza de ambos controles: formal y sustancial, no es posible ejercerlos conjuntamente, sino sucesivamente. El control formal es previo a toda posibilidad de análisis de mérito de la acusación. Es así que el artículo 352°.2 NCPP precisa que si se advierten defectos que importan el incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 349°.1 NCPP –en una discusión que debe preceder al análisis de los demás aspectos que deben tratarse en la audiencia preliminar- lo pertinente es suspender la audiencia para su debida subsanación, luego de lo cual debe reanudarse. La decisión de formular observaciones a la acusación es una causal de suspensión de la audiencia, que será del caso instar sólo cuando el defecto detectado requiera de un nuevo análisis del Ministerio Público. De no corresponder la suspensión, siempre será del caso decidirla y proseguir con la audiencia para dar paso a la discusión de las demás observaciones.

El control sustancial tiene lugar en un momento procesal distinto, luego de la subsanación de las observaciones de la acusación fiscal. Ésta comprende el examen de la concurrencia de cinco elementos necesarios para la viabilidad de la acusación respecto de los cargos objeto de investigación: elemento fáctico, elemento jurídico, elemento personal, presupuestos procesales vinculados a la vigencia de la acción penal y elementos de convicción suficientes (artículo 344°.1 NCPP)." (Sic.)

232

§232. Reglas sobre el control formal y sustancial de la acusación Fiscal

Casación	760-2016-LA LIBERTAD
Fecha	20 de marzo de 2017
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Figueroa Navarro.
Jueces Supremos	Pariona Pastrana, Neyra Flores, Sequeiros Vargas, Figueroa Navarro, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Arts. 344°, inciso2, literal d); 349°, inciso1, literalc); y 352° inciso 4 del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	15° al 21°

RESUMEN:

La acusación fiscal puede ser objeto de control formal: a) Que esté debidamente motivada y, b) Que sea completa en los elementos taxativamente exigidos en el artículo 349 CPP.

En este sentido, se establece que la acusación será debidamente motivada. De esta manera, los fiscales al igual que los jueces deben fundamentar suficientemente, de manera lógica e integral su pretensión persecutoria. ya no es más posible que los fiscales presenten acusaciones incompletas, enrevesadas, ilógicas o contradictorias, deben satisfacer un mínimo estándar de suficiencia que permita a la defensa preparar su teoría del caso, en juicio.

La acusación fiscal debe contar con un conjunto de requisitos tácticos y jurídicos que son mencionados de manera taxativa e independiente, uno de los cuales son los elementos de convicción.

En el supuesto, excepcional, de control sustancial del requerimiento acusatorio, el imputado es competente para pedir el sobreseimiento del proceso, cuando los supuestos del art. 344.2 sean evidentes. Limite al que está sujeto el Juez de Investigación Preparatoria.

FUNDAMENTOS:

Interpretación sistemática y lógica de los elementos de convicción

DÉCIMO QUINTO.- En el Código Procesal Penal se mencionan los llamados elementos de convicción, pero no se le da un contenido concreto, se le vincula con su suficiencia, pero no se le dota de un contenido material. Una primera aproximación conceptual a su contenido sería la siguiente: Por la etapa en los que son utilizados, luego de realizados los actos de investigación, durante la investigación preparatoria, los elementos de convicción son los fundamentos o las razones suficientes que tiene el fiscal para tener la certeza o convencimiento que se puede imputar un hecho punible al imputado, como autor o partícipe y, por ende, formularle una acusación e ir a juicio.

Para una mayor delimitación de sus alcances pueden plantearse los siguientes criterios:

a) Los elementos de convicción son los que sirven de base para la formulación de una acusación fiscal;

b) No pueden tener la misma intensidad incriminatoria que la prueba, obtenible solo en juicio, pues solo genera certeza en el fiscal que es quien sostiene sus acusación;

c) Por juicio a contrario del artículo 344.2;

d) Los elementos de convicción deben ser suficientes, para acusar, pues en situación inversa solo daría lugar al sobreseimiento;

e) Quienes determinan, por regla general, la suficiencia de los elementos de convicción, son los fiscales, pues son ellos los titulares de la acción penal;

f) Solo cuando la insuficiencia de elementos de convicción sea evidente o cuando no exista la posibilidad razonable de incorporar al juicio, elementos de prueba -que en realidad son de convicción- puede instar el sobreseimiento, la defensa, o el juez decretarlo de oficio.

Control de la acusación y en particular de sus elementos de convicción

DÉCIMO SEXTO.- Uno de los avances del nuevo sistema procesal penal, es el hecho que la acusación formulada por el fiscal, para ir a juicio, está sujeta a un control por las partes, en una audiencia preliminar. En el nuevo sistema entonces, se establece una valla que los fiscales, como titulares de la acción penal deben

superar. La cuestión que debe esclarecerse es, cuál es el alcance de dicho control, y qué grado de injerencia tienen las partes para controlarla.

En este sentido, se establece que la acusación será debidamente motivada. De esta manera, los fiscales al igual que los jueces deben fundamentar suficientemente, de manera lógica e integral su pretensión persecutoria. Con el nuevo sistema procesal penal ya no es más posible que los fiscales presenten acusaciones incompletas, enrevesadas, ilógicas o contradictorias, deben satisfacer un mínimo estándar de suficiencia que permita a la defensa preparar su teoría del caso, en juicio. Pero, además, la acusación fiscal debe contar con un conjunto de requisitos tácticos y jurídicos que son mencionados de manera taxativa e independiente, uno de los cuales son los elementos de convicción.

DÉCIMO SÉTIMO.- Ahora bien, fijadas estas dos exigencias, con relación a la acusación (motivación e integralidad), ¿cuál es el control que puede ejercerse respecto de ella? La respuesta está en función, otra vez, del estadio en que se formula y el rol de quien, como titular exclusivo, la realiza.

DÉCIMO OCTAVO.- En este contexto, inicialmente, las partes y en particular la defensa solo tienen la posibilidad de hacer un control formal de la acusación; dar cuenta por ejemplo de omisiones relevantes en la acusación; indefinición en el título de imputación; insuficiencia o contradicción en la identificación de los acusados; insuficiente individualización de los acusados con relación a los hechos objeto del proceso o confusión en los tipos penales invocados. Se trata por tanto de errores o insuficiencias en la debida motivación de la acusación.

DÉCIMO NOVENO.- Se evidencia la necesidad de interpretar el artículo 352, inciso 4, del Código Procesal penal para definir el grado de convicción necesario para considerar la suficiencia de elementos de convicción y el alcance del control jurisdiccional del requerimiento acusatorio durante la etapa intermedia, todo ello desde la perspectiva de las funciones del Ministerio Público y del Juez de Investigación Preparatoria.

VIGÉSIMO.- Respecto al control sustancial, con relación a los elementos de convicción presentados en la acusación debe considerarse que el que puede ejercerse, tiene que circunscribirse exclusivamente a los casos en el que el juicio de suficiencia, que les está permitido hacer a las partes, tenga por resultado la evidente certeza de la concurrencia de un supuesto de sobreseimiento y, en su caso, la imposibilidad altamente probable que no se podrá incorporar nuevos elementos de prueba. Pero entiéndase que estos son casos límites, notorios, aprehensibles por cualquiera: inexistencia del objeto del proceso; imposibilidad

que el imputado haya estado presente en el lugar del hecho; el hecho investigado ha devenido en atípico; o hay eximentes de responsabilidad evidentes; no hay mayor controversia que la acción penal se ha extinguido (prescripción evidente o muerte del imputado). Y en el caso que es motivo casacional que resulte, todas luces, evidente que no hay elementos de convicción o que estos no estén apoyados en medios probatorios que puedan generar información relacionada con el objeto del proceso (testigos, vídeos o actas). Finalmente, no pudiéndose sobreseer, en la etapa intermedia, un proceso penal cuando haya elementos de convicción que generen duda, en la comisión del delito o en la responsabilidad penal del imputado, que exige el esclarecimiento en el juicio oral.

VIGÉSIMO PRIMERO.- Es decir, tanto la decisión del Ministerio Público como la solicitud que puede realizar el acusado o su defensa de sobreseer la acción penal se encuentra regulada por la misma norma adjetiva. Sin embargo el presupuesto de aplicación entre uno y otro sujeto procesal descansa en un fundamento diferente pues por mandato constitucional el Ministerio Público es el único encargado de desempeñar la acción penal, mientras que en contraparte, el procesado y su defensa pueden únicamente cuestionarla ante el Juez de Investigación Preparatoria, en ese sentido, considerando quien únicamente tiene, en esta etapa del proceso, fundamentalmente, como función el control judicial y de garantías .

233

§233. Apelación de auto de sobreseimiento

Casación	187-2016 – LIMA
Fecha	23 de noviembre de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Neyra FLores.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 346 del NCPP.

RESUMEN:

Ante un auto de sobreseimiento de primera instancia, contrario al requerimiento de acusación, es el requerimiento del Fiscal Superior que predomina y resulta vinculante para el órgano jurisdiccional, en virtud al principio acusatorio y de jerarquía en la función fiscal, no siendo requisito que el requerimiento del Fiscal Provincial sea también por sobreseimiento.

La ausencia de oposición del actor civil al requerimiento de sobreseimiento, al no constituir un requisito, no impide que recurra en apelación.

FUNDAMENTOS:

CUARTO: El artículo trescientos cuarenta y seis del Código Procesal Penal establece que son tres las posibilidades que tiene el Juez de Investigación Preparatoria frente al requerimiento de sobreseimiento fiscal luego de la audiencia de control: i) Si considera fundado el requerimiento dictará auto de sobreseimiento. ii) Si no lo considera fundado, expedirá un auto elevando las actuaciones al Fiscal Superior para que ratifique o rectifique la solicitud del Fiscal Provincial. La resolución Judicial debe expresar las razones en las que funda su desacuerdo. iii) Si considera admisible la oposición formulada [en ese sentido]

por el actor civil, dispondrá la realización de una investigación suplementaria indicando el plazo y las diligencias que el fiscal debe realizar.

QUINTO: Si el Fiscal Superior ratifica el requerimiento de sobreseimiento solicitado por el Fiscal Provincial, entonces con su decisión culmina el trámite, lo que se denomina doble conformidad. Sin embargo, el problema se presenta cuando es el Fiscal Provincial quien acusa, no obstante se sobresee la investigación y el Fiscal Superior está conforme con el sobreseimiento.

SEXTO: Al respecto, el artículo cinco del Decreto Legislativo número cero cincuenta y dos- Ley Orgánica del Ministerio Público establece el principio de jerarquía en la actuación fiscal: "[...] Siendo un cuerpo jerárquicamente organizado deben sujetarse a las instrucciones que pudieren impartirles sus superiores".

SÉPTIMO: En ese sentido la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República se ha pronunciado en la Casación número novecientos ochenta y dos, dos mil nueve-Tacna, que: "por principio de unidad en la función y dependencia jerárquica que rige en el Ministerio Público, prima el parecer del superior jerárquico"; en la Casación número cuatrocientos setenta y cinco-dos mil trece-Tacna, que: "uno de los principios que se rigen en la actuación fiscal son de unidad y de jerarquía, por lo que, al haber solicitado el Fiscal Provincial el sobreseimiento de la causa y el Fiscal Superior no opinó en contrario, debe mantener la opinión del primero"; y en la Casación número cuatrocientos trece-dos mil catorce-Lambayeque, que: "emitida una sentencia absolutoria, y leída en audiencia pública o privada, cuando el único impugnante sea el actor civil y el Fiscal Provincial exprese su conformidad con la misma, deberá verificarse si el Fiscal Superior al momento de llevarse a cabo la audiencia de apelación reitera su conformidad con la sentencia absolutoria. Siendo ello así, este Supremo Tribunal considera que la Sala de Apelaciones no tiene más que confirmar la absolución".

OCTAVO: Asimismo, el Tribunal Constitucional en la Sentencia número dos mil novecientos veinte-dos mil doce-PHC/TC, caso Castañeda Lossio, del veintitrés de agosto de dos mil trece, fundamento décimo primero, señala: "El Poder Judicial no debe asumir qué dictámenes puede tomar en cuenta, sino que debe respetar las reglas existentes para tal efecto en la Ley Orgánica del Ministerio Público. Esto no importa una intromisión de un órgano constitucional respecto de otro, sino respetar el ordenamiento jurídico en cuanto regula el estatuto interno de los fiscales del Ministerio Público en todos sus niveles"; de ello se colige que ante dos posturas contrarias emitidas por el Fiscal Provincial y el Fiscal Superior,

en sus respectivos dictámenes, se debe otorgar validez a la opinión emitida por el jerárquicamente superior, en virtud al artículo cinco de la citada Ley Orgánica.

NOVENO: Ante un auto de sobreseimiento de primera instancia contrario al requerimiento de acusación, es el requerimiento del Fiscal Superior que predomina y resulta vinculante para el órgano jurisdiccional –tanto más si el Fiscal Provincial que acusó, no apeló, aceptando tácitamente el sobreseimiento–. Del mismo modo, no es necesario la exigencia de una doble conformidad, pues en virtud al principio acusatorio y de jerarquía en la función fiscal, prevista en el artículo cinco de la Ley Orgánica del Ministerio Público, los fiscales de menor grado o rango deben sujetarse a las instrucciones de sus superiores, pues el Ministerio Público es una institución jerárquicamente organizada.

DÉCIMO: Por lo que, el órgano jurisdiccional en respeto a la autonomía del Ministerio Público –titular de la acción penal, encargado de perseguir el delito y probarlo, conforme al artículo catorce de la Ley Orgánica del Ministerio Público–, debe tener en cuenta para la continuidad del proceso el requerimiento motivado del Fiscal Superior a favor de la continuación de la persecución del delito, caso contrario vulneraría el principio acusatorio, ya que una decisión por confirmar el archivo del proceso impide la imposición de una condena, conforme lo previsto en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente dos mil cinco-dos mil seis- PHC/TC, caso Umbert Sandoval; puesto que, sin acusación no hay condena.

DÉCIMO PRIMERO: En ese sentido, sostiene Roxin que la Fiscalía requiere patrones de uniformidad y que no es provechoso para la paz jurídica que cada Fiscal pueda seguir su propia línea sin controles, de tal manera que se genere una práctica dispersa con respecto a la acusación porque si se considera al Ministerio Público como independiente de los criterios de la jurisprudencia, ello es solamente tolerable si se manifiesta en actuaciones homogéneas. Agrega que allí donde están justificadas diversas posibilidades de evaluación, se puede hacer prevalecer el criterio del superior de la Fiscalía.

DÉCIMO TERCERO: Como se desarrolló en los considerandos noveno y décimo de la presente Ejecutoria Suprema, ante un auto de sobreseimiento de primera instancia, contrario al requerimiento de acusación, es el requerimiento del Fiscal Superior que predomina y resulta vinculante para el órgano jurisdiccional, en virtud al principio acusatorio y de jerarquía en la función fiscal, no siendo requisito que el requerimiento del Fiscal Provincial sea también por sobreseimiento; por lo que se advierte la transgresión a los principios citados.

DÉCIMO CUARTO. El segundo punto a desarrollar: "Determinar si la falta de oposición de las partes a un pedido de sobreseimiento constituye una aceptación tácita del mismo y, por tanto, quita legitimidad para interponer medio impugnatorio".

DÉCIMO QUINTO. El artículo ciento cuatro del Código Procesal Penal establece que las facultades del actor civil son: deducir nulidad de actuados, ofrecer medios de investigación y de prueba, participar en los actos de investigación y de prueba, intervenir en el juicio oral, interponer recursos impugnatorios que la Ley prevé; correspondiendo precisar que sin perjuicio de aquellos derechos, también le son atribuidos los derechos que le asiste al agraviado; así, tenemos que el artículo noventa y cinco de la citada norma señala como derechos –entre otros– en su inciso d) impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria[3].

DÉCIMO SEXTO. De lo anotado precedentemente, se tiene que el numeral dos del artículo trescientos cuarenta y cinco del Código Procesal Penal establece que los sujetos procesales –entre ellos el actor civil– podrán formular oposición a la solicitud de sobreseimiento dentro del plazo establecido; asimismo, señala que la oposición será fundamentada, bajo sanción de nulidad.

DÉCIMO SÉPTIMO. La formalidad prevista para ello presenta dos fases, una escrita: "[...] autoriza a las partes contrarias a formular por escrito oposición al sobreseimiento"[4], donde puede solicitar la realización de una investigación suplementaria, o que en vía de control se eleve al superior jerárquico; y otra oral, que es la audiencia, donde se debaten las alegaciones presentadas por escrito. Esto guarda relación con el décimo segundo fundamento del Acuerdo Plenario seis-dos mil nueve/CJ-ciento dieciséis, que establece: "El procedimiento de la etapa intermedia consta de dos fases: oral y escrita. Las distintas posibilidades que tiene el Juez de la Investigación Preparatoria frente a la acusación fiscal, pueden concretarse luego del trámite de traslado a las demás partes –nunca antes– (fase escrita) y de la realización de la audiencia preliminar (fase oral, que plasma la vigencia calificada de los principios de oralidad y concentración)".

DÉCIMO OCTAVO. El planteamiento inoportuno [fuera del plazo o incumpliendo la formalidad prevista –primero escrita y luego oral-] o la ausencia de oposición contra el requerimiento de sobreseimiento, no constituye un requisito previo para la apelación de este; más aún si el numeral dos del artículo trescientos cuarenta y cinco del Código Procesal Penal establece que los sujetos procesales "podrán" formular oposición a la solicitud de sobreseimiento; es decir, su formulación es discrecional o facultativa.

DÉCIMO NOVENO. Los principios dispositivo y de trascendencia que rigen los medios impugnativos, establecen que estos se plantean sólo por sujetos procesales legitimados; es decir, que hayan sufrido un perjuicio con la resolución que es objeto de impugnación, y no por quienes la hubieren consentido.

VIGÉSIMO. Argüir falta de interés para interponer recurso de apelación al sobreseimiento por no plantear oposición, vulneraría el derecho al recurso que le asisten a las partes; el principio de legalidad, pues el artículo cuatrocientos veinte del Código Procesal Penal no establece la oposición como requisito de procedencia de la apelación de autos –de sobreseimiento–, resultando una interpretación extensiva de las formalidades del recurso prevista en el artículo cuatrocientos cinco del citado Texto legal; y el inciso tres del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, que establece: "La Ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente [...]".

VIGÉSIMO PRIMERO. En ese sentido, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia en la Casación número cuatrocientos trece-dos mil catorce-Lambayeque, del siete de abril de dos mil quince, señala que el derecho a la defensa comporta en estricto el derecho a no quedar en estado de indefensión en ningún estado del proceso, y ello se trasgrede cuando a los titulares de los derechos e intereses legítimos se les impide ejercer los medios legales suficientes para su defensa consecuencia, la imposibilidad de plantear recurso de apelación al sobreseimiento –por previamente no haber planteado oposición desnaturalizaría el procedimiento, generando indefensión a las partes procesales.

12. ETAPA DE JUICIO ORAL

234

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

Acuerdo Plenario	5-2012/CJ-116
Fecha	29 de enero del 2013
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	Neyra Flores.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Villa Stein, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Salas Arena, Barrios Alvarado, Tello Gilardi, Príncipe Trujillo y Neyra Flores.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 349°.1, 350°.1, 355°.5, 363° y 366° del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	15° y 16°

RESUMEN:

***La citación de los testigos y peritos está a cargo de las autoridades jurisdiccionales**, sin perjuicio de que las partes procesales tengan la obligación de coadyuvar en la localización y comparecencia de sus testigos y peritos al juicio.*

*Hay que tener en cuenta que una vez recibida la causa por el juez juzgador, como dictar el auto de citación a juicio; luego de ello, el juzgado penal ordenará el emplazamiento de todos los que deben concurrir al juicio. **Será obligación del Ministerio Público y de los demás sujetos procesales coadyuvar en la localización y comparecencia de los testigos o peritos que hayan propuesto.***

DOCTRINA LEGAL:

15º A. Interpretación sistemática

A.1. El artículo 363 del CPP estatuye que el juez penal o el juez presidente del juzgado colegiado dirigirán el juicio y ordenará los actos necesarios para su desarrollo.

La citación a los testigos y peritos se lleva a cabo por el personal a cargo de este autoridad jurisdiccional, conforme con el artículo 366 del referido texto legal, el cual indica que: "1. El auxiliar jurisdiccional del juzgado adoptará las acciones pertinentes para que se efectúen las notificaciones ordenadas y se encuentren en lugar adecuado los objetos o documentos cuya presentación en audiencia ha sido ordenada. 2. Igualmente, está obligado a realizar las coordinaciones para la asistencia puntual del fiscal, de las partes y de sus abogados, así como para la comparecencia de los testigos, peritos, intérpretes y otros intervinientes citados por el juzgado [...]".

El apartado 5, artículo 355, del CPP, señala la obligación de las partes procesales de coadyuvar en la localización y comparecencia de sus testigos y peritos a juicio. Sin embargo dicha norma debe ser interpretada conjuntamente con los demás apartados de tal artículo en el orden de prelación que figuran: "1. Recibidas las actuaciones por el juzgado penal competente, este dictará el auto de citación a juicio con indicación de la sede del juzgamiento y de la fecha de la realización del juicio oral, salvo que todos los acusados fueran ausentes [...]. 2. El juzgado penal ordenará el emplazamiento de todos los que deben concurrir al juicio [...]. 3. Cuando se estime que la audiencia se prolongará en sesiones consecutivas, los testigos y peritos podrán ser citados directamente para la sesión que les corresponda intervenir [...]. 5. Será obligación del Ministerio Público y de los demás sujetos procesales coadyuvar en la localización y comparecencia de los testigos o peritos que hayan propuesto".

La norma determina las primeras acciones por realizar, una vez recibida la causa por el juez juzgador, como dictar el auto de citación a juicio; es decir, el acto que comunica que el juicio oral va a iniciar y que determinadas personas deben acudir a la sede judicial. Luego de ello, el juzgado penal ordenará el emplazamiento de todos los que deben concurrir al juicio. Sólo en el último párrafo dispone que será obligación del Ministerio Público y de los demás sujetos procesales coadyuvar en la localización y comparecencia de los testigos o peritos que hayan propuesto.

Por lo tanto, siempre el personal auxiliar del juzgado citará a testigos y peritos, sin perjuicio de que coadyuven en ello las partes. Esto se confirma con la previsión contenida en el artículo 366 del Código citado.

A.2. En el mismo sentido, dispone el artículo 23 del Reglamento de Notificaciones, Citaciones y Comunicaciones, bajo las normas del Código Procesal Penal, emitida por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, que: "[...] una vez que el órgano jurisdiccional determine la necesidad de hacer comparecer a las personas indicadas en el artículo 21 del citado Reglamento, la citación judicial será remitida al encargado de notificaciones, quien procederá a hacer entrega de la misma al destinatario de la citación. En casos especiales, dispondrá que sea la Policía la encargada de notificar".

El artículo 21 prevé: "La citación judicial tiene por finalidad hacer comparecer a las víctimas, testigos, peritos, intérpretes, depositarios y otros que correspondan, en el tiempo y lugar prefijados, para llevar a cabo una actuación judicial, en los casos que el órgano jurisdiccional considere necesaria su presencia". El artículo 24 del mencionado Reglamento preceptúa que: "[...] cuando se trate de testigos y peritos a ser citados, el Juez requerirá al sujeto procesal que los propuso para que se encargue de entregar la respectiva citación judicial"; lo que debe entenderse como subsidiario; y una forma de coadyuvar, cuando se agotó y son ineficaces las cursadas por el órgano administrativo judicial, especialmente porque el artículo 24 citado no puede colisionar con las normas referidas del Código Procesal Penal, por jerarquías de normas previstas en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución Política del Estado, que concuerda con el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

A.3. Además, el Reglamento de Notificaciones, Citaciones y Comunicaciones entre Autoridades en la Actuación Fiscal, señala expresamente que tiene por objeto establecer el procedimiento de notificaciones de las actuaciones procesales, que realizan los fiscales en su condición de titulares del ejercicio público de la acción penal, así como el de las citaciones y comunicaciones entre autoridades.

Pero la citación a juicio de testigos y peritos no es una actuación procesal que competa a los fiscales, en su condición de titulares del ejercicio público de la acción penal; como sí lo es notificar el archivo de la denuncia o el secreto de la investigación.

Por último, esta norma señala que los fiscales, en el ejercicio de sus funciones, están facultados para citar a las víctimas, testigos, peritos, intérpretes y depositarios; por lo que debe en tenderse que solo lo hará en la etapa de investigación que dirige y, por lo tanto, está a cargo su concreción.

A.4. De una apreciación sistemática de las normas que regulan esta actividad, es claro que corresponde al Juzgado Unipersonal o Colegiado citar a los testigos y peritos.

16º B. Interpretación teleológica

B.1. El apartado 5, del artículo 355, del CPP dispone: "[...] será obligación del Ministerio Público y de los demás sujetos procesales coadyuvar en la localización y comparecencia de los testigos o peritos que hayan propuesto". Coadyuvar, según la Real Academia de la Lengua Española, es la acción de asistir, ayudar, colaborar al logro de un fi n.

En este caso, implicaría el ayudar en ciertos casos, excepcionales, a la función de citar que tiene el juzgado. Ello es concordante con el literal h), del apartado 1, del artículo 349, del CPP, que ordena que el Fiscal, en su acusación ofrecerá los medios de prueba para su actuación en la audiencia; en este caso, la lista de testigos y peritos, con indicación del nombre y domicilio, y de los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones.

B.2. En el mismo sentido, el literal f), del apartado 1, del artículo 350, del mismo texto legal, permite a la defensa del acusado, actor civil, tercero civil o parte procesal, ofrecer pruebas para el juicio, para lo cual deberá adjuntar la lista de testigos y peritos que serán convocados al debate, con indicación de nombre, profesión y domicilio; además de precisar los hechos acerca de los cuales serán examinados en el curso del debate.

B.3. Entonces, el fi n de la norma no es que en todos los casos el Ministerio Público y las demás partes procesales citen a sus testigos y peritos, sino el que únicamente coadyuven a este propósito. Es el órgano judicial el que hace el juicio, capta la información y expide resoluciones orales y/o escritas, y es a su área administrativa a la que corresponde (con la información que aquellos le brinden).

235

§235. Conclusión anticipada. La conformidad

Acuerdo Plenario	5-2008/CJ-116
Fecha	18 de julio de 2008
Procedencia	Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	Gonzáles Campos, San Martín Castro, Villa Stein, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Valdez Roca, Rojas Maraví, Ponce De Mier, Molina Ordoñez, Santos Peña, Vinatea Medina, Príncipe Trujillo, Pariona Pastrana, Zecenarro Mateus, Calderón Castillo y Urbina Ganvini.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 136° del ACPP.; 158°, 372° y 471° del NCPP.; y Ley N° 28122.

RESUMEN:

La conformidad tiene objeto la ***pronta culminación del proceso a través de un auto unilateral del imputado y su defensa por medio del cual reconocerá los hechos objeto de imputación****. La consecuencia de ello es la pronta renuncia a la actuación de pruebas y del derecho a un juicio público. De ahí que el Tribunal no puede mencionar, interpretar y valorar acto de investigación o de prueba preconstituida alguna desde el momento en el que el imputado expresamente aceptó los cargos y renunció a su derecho a la presunción de inocencia, a la exigencia de prueba de cargo por la acusación y a un juicio contradictorio.*

En la situación en que sean son ***varios los acusados y la confiesa abarque solo a una parte de ellos, se aplicará el trámite previsto y se expedirá sentencia respecto a ellos, prosiguiéndose la audiencia con los no confesos****. Si en el enjuiciamiento que se sigue surgen nuevos datos que modifican el sentido favorable de la apreciación de los hechos juzgados es posible revisar in bonan partem la primera sentencia para atenuar la pena.*

FUNDAMENTOS:

"**8º.** El aspecto sustancial de la institución de la conformidad, tal como está regulado en la Ley antes citada, estriba en el reconocimiento, aunque con características singulares, del principio de adhesión en el proceso penal. ***La conformidad*** tiene por objeto la pronta culminación del proceso -en concreto, del juicio oral- a través de un auto unilateral del imputado y su defensa de reconocer los hechos objeto de imputación, concretados en la acusación fiscal, y aceptar las consecuencias jurídicas penales y civiles correspondientes.

Este acto procesal tiene un carácter expreso y siempre ***es unilateral*** -no es un negocio procesal, ***salvo la denominada "conformidad premiada"*** establecida en el artículo 372", apartado 2), del nuevo Código Procesal Penal- en cuanto prescribe *"... el acusado también podrá solicitar por si o a través de su abogado conferenciar previamente con el Fiscal para llegar al acuerdo sobre la pena..."*.

Además es un acto unilateral de disposición de la pretensión, claramente formalizado, efectuado por el acusado y su defensa -de doble garantía-, que importa una renuncia a la actuación de pruebas y del derecho a un juicio público, que a su vez genera una expectativa de una sentencia conformada - en buena cuenta, constituye un acto de disposición del propio proceso, al renunciar a los actos del juicio oral, y del contenido jurídico material de la sentencia, al convenir, desde ya, la expedición de una sentencia condenatoria en su contra-.

9º. Lo expuesto significa que, desde la estructura de la sentencia y de la función que en ese ámbito corresponde al órgano jurisdiccional, los hechos no se configuran a partir de la actividad probatoria de las partes - ese período del juicio oral, residenciado en la actuación de los medios de prueba, sencillamente, no tiene lugar -. Los hechos vienen definidos, sin injerencia de la sala sentenciadora, por la acusación con la plena aceptación del imputado y su defensa.

La sentencia, entonces, no puede apreciar prueba alguna, no sólo porque no existe tal prueba, al no ser posible que se forme a partir de una específica actividad probatoria, por lo demás inexistente, sino ***además por que la ausencia del contradictorio y el propio allanamiento de la parte acusada no autoriza a valorar los actos de investigación y demás***

actuaciones realizadas en la etapa de instrucción. Se da en este caso una "predeterminación de la sentencia".

La sentencia, en la medida que está precedida de un acto procesal de aceptación de los hechos, tanto en el plano objetivo como subjetivo, y de su relevancia jurídico penal, con las consecuencias que le son propias, sólo puede apreciar desde el imputado la libertad, la voluntariedad – sin vicios de consentimiento -, la plena capacidad – si tiene o no limitadas sus capacidades intelectivas - y el conocimiento racional e informado de la naturaleza de la acusación que acepta, de la limitación o restricción de sus derechos e intereses legítimos, derivados de una declaración judicial de culpabilidad y de la consiguiente imposición de una sanción penal y reparación civil, así como de los derechos e instrumentos de defensa a los que está renunciando. Ello obliga al Tribunal, como paso inicial de su poder de apreciación de la aceptación de los cargos y acogimiento a la conformidad, no sólo a un examen de características y situación del propio imputado, sino al previo ejercicio de su deber de instrucción; es decir de informar objetivamente los alcances de la institución de la conformidad, sin formular promesas o condicionar la respuesta del imputado a un determinado tratamiento procesal o punitivo, en el entendido que una desviación de ese deber entrañaría una constricción irrazonable o una promesa indebida que viciaría el consentimiento con la consiguiente ineficacia de la conformidad.

10°. Superado ese nivel de control, el tribunal no puede mencionar, interpretar y valorar acto de investigación o de prueba preconstituida alguna, desde que el imputado expresamente aceptó los cargos y renunció a su derecho a la presunción de inocencia, a la exigencia de prueba de cargo por la acusación y a un juicio contradictorio.

Los fundamentaos de hecho o de juicio histórico de la sentencia, en suma, no se forman como resultado de la valoración de la prueba, sino le ***viene impuestos al Juez por la acusación y la defensa, a través de un acto de allanamiento de esta última, que son vinculantes al Tribunal y a las partes***. El relato fáctico aceptado por las partes no necesita actividad probatoria, ya que la conformidad excluye toda tarea para llegar a la libre convicción sobre los hechos. Por consiguiente, el órgano jurisdiccional no puede agregar ni reducir los hechos o circunstancias que han sido descritos por el Fiscal en su acusación escrita y aceptado por el acusado y

su defensa, pues ello implicaría revisar y valorar los actos de aportación de hechos, excluidos por la propia naturaleza de la conformidad procesal.

En consecuencia, es inaceptable que el Tribunal se pronuncie sobre la no presencia de pruebas, pues la conformidad del acusado - es de insistir – supone que ha quedado fijado el elemento fáctico sin que exista propiamente prueba al no mediar juicio derivado de tal apreciación de hechos (es una previsión lógica precisamente por la inexistencia de prueba en este momento procesal). Ello, además, provocaría una indefensión a las partes del frente al Tribunal sentenciador por introducir a un tema que no fue objeto de discusión, y rebasar la vinculación fáctica que la institución importa (vinculatio facti).

Oportunidad procesal de la conformidad:

11º. La oportunidad procesal en que tiene lugar la conformidad está claramente estipulada en la Ley Procesal Penal. El emplazamiento al imputado y su defensa, de cara a la posible conformidad, constituye un paso necesario del ***periodo inicial del procedimiento del juicio oral.*** Su definición determinará si se pone fin al acto oral con la inmediata expedición de una sentencia conformada, evitándose el periodo probatorio y, dentro el periodo decisorio, el paso del alegato de las partes respecto a la actividad probatoria desarrollada en el juicio - obviamente inexistente cuando se produce la conformidad procesal-.

En atención a que unas de las notas esenciales de la conformidad, como acto procesal, es su carácter formal, debe cumplir con las solemnidades requeridas por la ley. Si la conformidad procesal persigue evitar el procedimiento probatorio del juicio oral en aras de la inmediata finalización de la causa, es obvio que una vez que se emplazó al imputado y su defensa para que se pronuncien acerca de los cargos objeto de acusación y ambos expresan negativamente al respecto, ya no es posible retractarse luego que se que dio inicio formal al periodo probatorio.

Extraordinariamente pueden presentarse, sin duda, algunas excepciones a esa regla general, uno de cuyos motivos podría ser la concurrencia de vicios procedimentales o vicios en el emplazamiento o en la respuesta del imputado o de su defensa. Pero la condición o límite necesario siempre estará definido por la apertura y entrada al período probatorio que consolida la lógica contradictoria del juicio oral, esto es, con el inicio efectivo del examen o declaración del imputado, como primer paso de

la actuación probatoria. La exigencia del cumplimiento del trámite de conformidad antes de la práctica de la prueba evita, precisamente, que pueda optarse por esa institución a partir de la fuerza o sentido indicativo de algunas de las diligencias acreditativas practicadas o por realizarse; y, con ello impedir conductas fraudulentas o especulativas.

La conformidad parcial. Reglas de ruptura de la unidad de juicio:

12º. La Ley acepta la posibilidad de una ***"conformidad parcial"***. Es factible que en una causa que se sigue contra una pluralidad de imputados, unos se acojan a la conformidad y otros la rechacen. A Partir de ese reconocimiento, el numeral 4) del artículo 5ª de la Ley número 28122, estatuye que: *"Si son varios acusados y solamente confiesa una parte de ellos, con respectos a éstos, se aplicará el trámite previsto y se expedirá sentencia, prosiguiéndose la audiencia con los no confesos..."* No hay lugar a dudas y, como tal, la norma debe cumplirse inmediatamente.

La Ley, empero, ***autoriza de no aceptar la conformidad parcial*** cuando *"... la Sala estime que se afectaría el resultado del debate oral" – parte* final del citado numeral a) del artículo 5º de la ley número 28122-. La interpretación de esa frase de cara a los derechos del imputado, conformados y no conformados, debe atender a los fines de la institución - uno de los cuales el principio de aceleramiento procesal y el otro es del derecho a un juicio sin dilaciones indebidas para el conformado – y a la meta del esclarecimiento del proceso penal, aspecto último en que tendrá un especial relevancia las características de los cargos de los objetos de dilucidación y la posición que sobre ellos adoptado las partes acusadas.

13º. Si se tiene en cuenta que el imputado conformado acepta o reconoce los hechos que se le atribuyen y que sobre su acaecimiento no cabe discusión, observación o debate alguno - vinculatio facti - , de suerte que el órgano jurisdiccional se limita a incorporarlos como tal en la sentencia conformada, en principio no existe obstáculo procesal para que la situación jurídica de un imputado se resuelva mediante una sentencia conformada y, finalizado ese trámite, prosiga la causa para dilucidar la situación jurídica de los imputados no conformados, aun cuando se trate del mismo hecho o delito – conexidad objetivo o, mejor dicho, pluralidad de objetos desde el punto de vista subjetivo-; es decir, cuando se le atribuya cargos por autoría, instigación o complicidad de un mismo hecho delictivo, y estén presentes en la audiencia.

Cabe puntualizar que ***en el proceso penal no existe la figura del litis consorcio pasivo necesario, pues la posición de cada imputado se considera de total independencia de los otros*** - no hay comunidad de suerte para todos los copartícipes, la responsabilidad penal es siempre individual -, a cuyo efecto se entiende que en sede penal existirán tantas pretensiones cuantas personas se les haya de dirigir contra ellas la acusación.

El presupuesto de un juzgamiento independiente estará presente, que es la perspectiva normal de una acusación, cuando existan elementos fácticos para enjuiciar el delito con autonomía y juzgar separadamente a cada imputado. Si se presentan estas condiciones entonces, cabe individualizar la responsabilidad que se le atribuye a cada copartícipe, por lo que el órgano judicial estará facultado a decidir sin necesidad de contar con la voluntad concurrente de los restantes copartícipes.

En suma, si los hechos están clara y nítidamente definidos en la acusación, si el relato fáctico delimita perfectamente los roles de la conducta específica que realizó cada copartícipe, no existe problema alguno para ese tratamiento autónomo, en cuya virtud no se *"...afectaría el resultado del debate del juicio oral"*.

Imputado conformado y declaración en el juicio contradictorio:

14º. Si, como es legalmente posible, cabe la "conformidad parcial", es del caso decidir si el imputado que aceptó los cargos, y contra quien se expidió una sentencia conformada, está en aptitud de declarar en el juicio que continúa con los restantes acusados que invocaron, con plena legitimidad, su derecho a la contradicción de la imputación.

En principio, si bien la declaración de los coencausados por su participación en los mismos hechos no están específicamente reguladas como medio de prueba en el Código de Procedimientos Penales - aunque indirectamente otras leyes, materiales y procesales, hacen referencia a su declaración -, lo cierto es que no está prohibida: *"...los datos que aquel pueda proporcionar, en sí mismos, no vulneran garantías o derechos de ninguna parte procesal y pueden contribuir a esclarecer los cargos"*.

Por lo demás, en señal de su aceptación y valorabilidad, tanto la jurisprudencia vinculante de este Supremo Tribunal - Acuerdo Plenario número 2 – 2005/CJ-116, del treinta de septiembre de dos mil cinco- como, por ejemplo, el nuevo Código Procesal Penal – artículo ciento

cincuentiocho, apartado dos -señalan las pautas para apreciar el testimonio que aquéllos puedan presentar cuando atribuyen participación criminal a otra personas en los mismos hechos en que resultaron involucrados. No es razonable negar apriori la importancia y utilidad que puede importar a la justicia las declaraciones de las personas a quienes se atribuyen la comisión de delitos con la participación de otras, ello sin perjuicio de la desconfianza o sospechas que merezca su versión y, por tal motivo, de los ulteriores controles y especiales cuidados que exija el juicio de fiabilidad o credibilidad respectivo.

En consecuencia, más allá de las dificultades que entraña la actuación y la apreciación del ***testimonio del coacusado***, de naturaleza híbrida de entre la testimonial – al que se parece en cuanto a los modos y a los medios de convocatoria del interesado - y la declaración como imputado - en orden a sus garantías formales -, tal como ha sido definido por la Casación Italiana (Sentencia del tres de junio de mil novecientos ochenta y seis), ***su admisibilidad está plenamente consolidada***, tanto más si no es de negar que la información que puede brindar en el juicio está basada en un conocimiento extraprocesal de los hechos objeto de acusación, de la cual el juzgador puede extraer elementos necesarios para la formación de su convicción en orden a la participación en el hecho delictivo del sujeto o sujetos distinto del que depone.

15º. El coimputado, respecto de un testigo, es obvio decirlo, tiene una distinta posición procesal a la que van aparejadas una serie de derechos y obligaciones, como sería obligación de veracidad para los testigos y el derecho al silencio de los coimputados. El criterio de delimitación - entre testigo y coimputado – que es de asumir sobre el particular es el de la "alteridad" de quien declara respecto de los sujetos que intervienen en el proceso: del órgano jurisdiccional y de las partes, esto es, de su diferente posición en el proceso penal. Como el coimputado ostenta el estatus formal de imputado y presta declaración en esa condición, como es parte procesal, en consecuencia, el régimen jurídico de su declaración debe ser el de acusado. Esa es la regla general.

Ahora bien, en función de ese mismo criterio, y trasladando el análisis al caso que nos ocupa, fijado el enjuiciamiento por separado entre imputados conformados y no conformados, el régimen jurídico respecto del cual han de ser sometidos variará si los últimos, al momento de su declaración, son ajenos o no al proceso, si están o no excluidos del mismo. Expedida

una sentencia de conformidad, en tanto haya adquirido firmeza, los citados copartícipes y condenados ya no son parte - han sido excluidos del ulterior juicio-: además, está protegidos por la cláusula del ne bis in idem, en cuya virtud la sentencia conformada no puede anularse si ser revisada en su perjuicio. Siendo así, el régimen jurídico que le son aplicables es el establecido para los testigos, con la misma obligación de concurrir, y sometido a las mismas consecuencias penales que cualquier otro testigo si es que mintiera (en igual situación estarán, desde luego, coimputados sobreseídos o absueltos con anterioridad). Otra cosa, por cierto, que permanece latente, son las sospechas que puedan merecer sus declaraciones.

Efectos vinculantes de la conformidad:

16º. Ante una conformidad, en virtud a los intereses en conflicto, la posición del Tribunal como destinatario de esa institución, no puede ser pasiva a los efectos de su homologación; existe cierto margen de valoración que el juez debe ejercer soberanamente.

Si está obligado a respetar la descripción del hecho glosado en la acusación escrita - vinculación absoluta con los hechos o inmodificabilidad del relato fáctico (vinculatio facti)-, por razones de legalidad y justicia, puede y debe realizar un control respecto de la tipicidad de los hechos, del título de imputación, así como de la pena solicitada y aceptada, por lo que la vinculación en esos casos (vinculatio criminis y vinculatio poena) se relativiza en atención a los principios antes enunciados. El juzgador está habilitado para analizar la calificación aceptada y la pena propuesta e incluso la convenida por el acusado y su defensa: esa es la capacidad innovadora que tiene frente a la conformidad procesal.

En tal virtud, respetando los hechos, el ***Tribunal está autorizado a variar la configuración jurídica de los hechos objeto de acusación***, es decir, modificar cualquier aspecto jurídico de los mismos, ***dentro de los límites del principio acusatorio y con pleno respeto del principio de contradicción*** (principio de audiencia bilateral). Por tanto, la Sala sentenciadora puede concluir que el hecho es atípico o que, siempre según los hechos expuestos por la Fiscalía y aceptados por el acusado y su defensa técnica, concurre una circunstancia de exención – completa e incompleta – o modificativa de la responsabilidad penal, y, en consecuencia, dictar la sentencia que corresponda.

El ejercicio de esta facultad de control y la posibilidad de dictar una sentencia absolutoria – por atipicidad, por la presencia de una causa de exención de la responsabilidad penal o por la no concurrencia de presupuestos de la punibilidad – o, en su caso, una sentencia condenatoria que modifique la tipificación del hecho, el grado del delito, el título de participación y la concurrencia de las circunstancias eximentes incompletas o modificativas de la responsabilidad penal, como es obvio, en aras del respeto al principio de contradicción -que integra el contenido esencial de la garantía del debido proceso.-, está condicionada a que se escuche previamente a las partes procesales (en especial al acusador, pues de no ser así se produciría una indefensión que lesionaría su posición en el proceso), a cuyo efecto el Tribunal debe promover un debate sobre esos ámbitos incorporando los pasos necesarios en la propia audiencia, para decidir lo que corresponda. Es evidente, que el tribunal no puede dictar una sentencia sorpresiva en ámbitos jurídicos no discutidos por las partes (interdicción de resolver inaudita parte).

La posibilidad de introducir, jurídicamente, determinadas circunstancias no incorporadas en la acusación – sólo desde sus perfiles jurídicos, mas no fácticos – y dictar una sentencia conformada, ***siempre es compatible con un control in bonan partem***, respecto del que sólo se exige audiencias a las partes. Empero, si se advierten otros errores, tales como omisión de considerar -a partir del relato fáctico- una circunstancia agravante o la posibilidad de un tipo legal distinto, más grave, que requiera indagación, debate probatorio y discusión en sede de alegatos por todas las partes -control in malam partem-, sólo corresponderá denega6r la conformidad y ordenar proseguir en juicio oral.

En cuanto a la individualización de la pena, el Tribunal –por configurar una tarea exclusivamente judicial, inherente a ella- tiene una amplia libertad, dentro del marco jurídico del tipo legal en cuestión (pena abstracta), para dosificarlos conforme a las reglas establecidas por los artículos 45° y 46° del Código Penal, cuyo único límite, aparte de no introducir hechos no incluidos en la acusación ni aceptados por el imputado y su defensa, es no imponer una pena superior a la pedida por el Fiscal – explicable por la propia ausencia de un juicio de un juicio contradictorio y la imposibilidad de formularse, por el Fiscal o de oficio, planteamientos que deriven en una pena mayor a la instada en la acusación escrita-.

Más allá del respeto a la exigencia de promover la intervención de las partes sólo cuando se presentan circunstancias anteriormente señaladas – que importa una preceptiva aminoración de la respuesta punitiva-, vinculada a la aplicación de los artículos 14º, 15º, 16º, 21º, 22º, y 25º, segundo párrafo, del Código Penal, el Tribunal puede proceder, motivadamente, a graduar la proporcionalidad de la pena en atención a la gravedad o entidad del hecho y a las condiciones personales del imputado.

17º. Si, como se ha estipulado, procede la "conformidad parcial" en los términos del inciso 4)del artículo 5ª de la Ley número 28122, resta determinar los efectos de la sentencia conformada respecto de la sentencia expedida en el juicio contradictorio que tiene lugar inmediatamente después de culminar el trámite de conformidad.

La regla es que ***no existe extensión subjetiva de la eficacia de la cosa juzgada penal, la cual sólo y exclusivamente afecta a la persona contra quien se dictó el fallo correspondiente.***

Por esta razón lo resuelto en ella no se extiende a un tercero –a los acusados que prosiguen la causa al no acogerse a la conformidad- ni, por ende, la condena impuesta en la sentencia conformada compromete a los acusados como copartícipes del mismo hecho o que condicionan a esa decisión anterior su libertad y defensa. La falta de eficacia subjetiva de un fallo firme, dice CORTÉS DOMÍNGUEZ – entre otros-, tiene lugar incluso en aquellos supuestos ***(1)*** En los que sea factible hablar de relaciones o situaciones penales prejudiciales heterosubjetivas; ***(2)*** De interdependencia por la conexidad probatoria – unidad parcial o total en el campo fáctico de ambos supuestos, o; ***3)*** En los que un hecho jurídico declarado en una primera sentencia entra a formar parte del supuesto de hecho de la conducta delictiva que se enjuicia en un segundo proceso.

Por consiguiente, aún cuando es valorar la existencia de la sentencia conformada, nada impedirá que sobre los hechos – si existe identidad- no sólo se realice prueba plena y total, sino que también se llegue a resultados valorativos totalmente opuestos (así, por ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo Español del dos de marzo de mil novecientos noventa y ocho).

18º. Afirmada esta concepción, el Tribunal de mérito en el proceso incoado a continuación de la expedición de la sentencia conformada tiene libertad para decidir cómo corresponda en orden a la actividad probatoria desplegada y a las nuevas valoraciones que pueda realizar, incluso podría –si se cumplen los presupuestos normativos correspondientes, tanto

materiales como procesales- variar la tipificación del hecho o tener en juicio jurídico distinto, desde diferentes planos, que el contenido en la sentencia conformada.

Un interrogante que se abre paso en estas circunstancias es si sabe extender esa decisión, en caso que sea más favorable que la sentencia conformada, para "mejorar" la situación jurídica de los imputados que se acogieron a la conformidad. Ahora bien, si se tiene en cuenta que se trata de una sentencia firme, toda modificación respecto a la existencia del juicio de hecho, vinculada a la valoración de la prueba actuada en el segundo proceso, no tiene otra opción que abordarse vía acción de revisión penal. Empero si sólo se trata de un cambio de tipificación más favorable, resta analizar si, analógicamente, podría aplicarse el artículo 322° del Código de Procedimientos Penales, que se circunscribe ya no a una absolución sino a una pena atenuada.

La norma en cuestión dice: *"Cuando el Tribunal Correccional o la Corte Suprema, en sus respectivos casos, fallen en una causa contra reos que fueron ausentes y en la que se expidió sentencia contra los reos presentes, podrán revisar la sentencia de los condenados, con el fin de atenuar la pena, si hubiere lugar por los datos nuevos que resulten".*

Si , en el presente caso, no se está ante una sentencia derivada de un mismo proceso en el que primero se resolvió la causa contra reos presentes y, luego, ante la puesta a Derecho de reos ausentes, se expidió otra sentencia, obviamente distinta de la anterior en función a los datos nuevos resultantes del ulterior enjuiciamiento, lo cierto es que, al igual que aquélla, se trata de un mismo proceso que derivó en dos juzgamientos sucesivos que decidieron la situación jurídica de acusados que se encontraban en diferente posición -ya no por ausencia sino por no acogimiento a la conformidad-, en el último de los cuales surgió la presencia de datos nuevos determinantes de un cambio favorable respecto de la respuesta punitiva.

Para establecer si existe analogía entre las dos situaciones –ante la regulación en el caso de los imputados conformados y no conformados, no solo es de rigor advertir la semejanza o similitud de situaciones fácticas. Debe concurrir entre ambas una identidad del fundamento –la razón de ser o ratio legis-; deben coincidir en el caso concreto las bases o fuentes que sirven de fundamento al citado artículo 322° del Código Adjetivo cumpla con los requisitos antes esbozados.

Si se asume la flexibilidad necesaria para analizar la presencia de la analogía, se tiene que lo esencial de la disposición examinada es dar respuesta atenuatoria –basada en el favor rei- a todos los procesos que se juzga sucesivamente a diversos imputados cuando en el último juzgamiento se advierten datos nuevos que autorizan una solución más favorable –que es una regla jurídica de carácter general que está en la esencia del sistema punitivo-, que importe una atenuación de la pena en comparación a la primera sentencia. Tal situación, de presentarse en el sucesivo juzgamiento contra los acusados no conformados, obviamente, exigiría una extensión a los reos conformados: una igualdad esencial, de imprescindible concurrencia es evidente.

En ambos casos se lleva a cabo un segundo enjuiciamiento y en ellos surgen nuevos datos que modifican el sentido favorable de la apreciación de los hechos juzgados, por lo que ante una idéntica situación de hecho (surgimiento de nuevos datos en un segundo juzgamiento la repuesta contra copartícipes) debe existir una misma respuesta.

Por lo expuesto, es de concluir que ***no sólo cabe que en el segundo juzgamiento las respuestas jurídicas pueden diferir con las del primer juzgamiento, sino que además es posible revisar in bonan partem la primera sentencia para atenuar la pena.***

Conformidad y confesión sincera:

19º. El tema de la confesión y de la consiguiente atenuación excepcional de la pena por debajo del mínimo legal para el delito cometido, tal como lo estatuye, el artículo 136º del Código de Procedimientos Penales (dice, en lo pertinente, el citado precepto; *"...La confesión sincera debidamente comprobada puede ser considerada para rebajar la pena del confeso..."*), genera determinados problemas interpretativos y aplicativos con la institución de la "conformidad procesal", en tanto que el texto del artículo 5º.2) de la Ley número 28122 explícitamente hace referencia a *"... la confesión de acusado..."*.

La confesión, desde una perspectiva general, es una declaración autoinculpatorio del imputado que consiste en el expreso reconocimiento que formula de haber ejecutado el hecho delictivo que se le atribuye. Como declaración que es debe reunir un conjunto de requisitos externos (sede de garantía) e internos (voluntariedad o espontaneidad y veracidad – comprobación a través de otros recaudos de la causa-).

En la conformidad procesal el imputado, desde luego, admite los hechos objeto de acusación fiscal. Sólo se le pide si así lo estima conveniente y sin necesidad de una explicación o relato circunstanciado de los hechos –que es lo típico de una declaración ante la autoridad de cara a la investigación a los hechos o a la determinación de las afirmaciones de las partes, según en la etapa procesal que tiene lugar-, aceptar los cargos y una precisión adicional acerca de las consecuencias jurídico penales, a fin de obtener pronunciamiento judicial inmediato, una sentencia de conformidad. Ello ha permitido sostener a un sector de la doctrina procesalista que la conformidad es una forma de confesión prestada al inicio del juicio oral o una especie de confesión cuando concurren determinados requisitos.

La conformidad consta de dos ***elementos materiales:***

a. El reconocimientos de los hechos; una declaración de ciencia a través del cual el acusado reconoce su participación en el delitos o delitos que se le hayan atribuido en la acusación.

b. La declaración de voluntad del acusado, a través de la cual expresa, de forma libre, consiente, personal y formal la aceptación de las consecuencias jurídicos penales y civiles derivadas del delito.

20º. Empero, más allá del juicio de valorabilidad y de los criterios de apreciación de la confesión como medio de prueba –que no integra el ámbito de este Acuerdo Plenario-, lo relevante en el presente caso consiste, de una lado, en determinar si existe equivalencia entre el artículo 5º.2 de la Ley número 28122 y del artículo 136º del Código de Procedimientos Penales, y, de otro lado, si necesariamente la invocación a la conformidad por el imputado y su defensa merecerá la pena atenuada.

En cuanto al primer punto, cabe decir que existe cierta coincidencia entre la regulación de la confesión como medio de prueba y el rol que cumple en las diferentes fases del procedimiento penal respecto de la conformidad, pues más allá de la no exigencia del relato circunstanciado de los hechos acusados –propio de la declaración autoinculpatoria que se da en sede preliminar, del sumario y del plenario-, se da una declaración de ciencia por la que se reconocen los hechos atribuidos. Esto último, de cara a los efectos penológicos respectivos –de cumplirse los requisitos adicionales vinculados a la sinceridad-, permitirá apreciar confesión -conforme al artículo 136º del Código de Procedimientos Penales – si es que el acusado se encontraba en calidad de reo ausente y se presenta al juicio oral

acogiéndose a la conformidad (aunque será del caso relativizar su entidad atentatoria, conforme se verá más adelante, en orden a su relevancia, pues sólo se aligera -con mayor o menos nivel de profundidad- el trámite de las sesiones del plenario, sin perjuicio de reconocer que en todo caso constituye un acto de auxilio a la justicia).

Respecto al segundo punto, y atento al principio que informa el procedimiento de la conformidad, es posible concluir que tal acogimiento, en sí mismo, determina la aminoración de la pena. Es de tener presente, al respecto, el proceso especial de terminación anticipada, que expresa un criterio de oportunidad y se basa en el principio de consenso, que da lugar a una conclusión anticipada de la causa con una decisión final que le pone término, como es el caso de procedimiento. En ese proceso se reconoce legalmente una consecuencia premiada, con independencia de la confesión sincera (véase la concordancia de los artículos 161° y 471° del Nuevo Código Procesal Penal en relación con el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales).

21°. Cabe aclarar, desde el punto de vista de la pena, que el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales instituye una circunstancia atenuante de carácter excepcional de la responsabilidad penal, cuya ratio es la facilitación del esclarecimiento de los hechos delictivos y que ésta sea relevantes para efectos de la investigación de los hechos (la ley, en estos casos, premia a aquellos comportamientos que, de alguna manera, contribuyen a aliviar los costes y esfuerzos de una investigación criminal: razones objetivas de utilidad para el proceso), a la par de la evidencia una voluntad de colaboración, de coadyuvar a los fines del ordenamientos jurídico que contrarreste la anterior voluntad antijurídica mostrada al cometer el hecho delictivo. De esta forma se reduce los agravios que inevitablemente se producen a la víctima y aminora la tensión social que el delito ocasiona; ese solo comportamiento, se afirma por algún autor, produce un cierto restablecimiento de la armonía y del equilibrio del sistema.

Desde una perspectiva político criminal, las regulaciones que sobre la materia, tiene expuesto el Tribunal Supremo Español, buscan incitar al autor del delito a realizar una pronta confesión del hecho que permita la identificación de su autor desde el primer momento y facilite el esclarecimiento de las circunstancias más relevantes que en el mismo haya concurrido (sentencia número 118/92, del cuatro de febrero de dos mil dos).

Desde una perspectiva global el referido artículo 136° del Código de Procedimientos Penales, exige la sinceridad de la confesión sincera, que equivale a una admisión *(1)* Completa –con cierto nivel de detalle que comprenda, sin omisiones significativas, los hechos en los que participó; *(2)* Veraz – el sujeto ha de ser culpable sin ocultar datos relevantes del injusto investigado; *(3)* Persistente – uniformidad esencial en las oportunidades que le corresponde declarar ante la autoridad competente; *(4)* Oportuna – en el momento necesario para garantizar y contribuir a la eficacia de la investigación, a la que aúna, a los efectos de la cuantificación de la pena atenuada.; *(5)* Su nivel de relevancia.

Es obvio, por consiguiente, que si el imputado antes, en sede de investigación, negó los cargos y, luego, llegado al momento culminante del proceso, en el juicio oral, los admite, ya nada queda por investigar, entonces, la confesión plenaria sólo podrá tener un relativo o escasa influencia en torno a la determinación e individualización de la pena, pero no puede considerarse como un elemento atenuante de la responsabilidad penal con entidad para rebajar la pena por debajo del mínimo legal.

De igual manera, si la confesión se configura por el dato objetivo de la realización de actos de colaboración útiles a la investigación del delito –a partir de la información que se proporciona-, a los efectos de la atenuación excepcional debe comprenderse en ella la investigación preliminar, en especial la policial –que por lo general es el pórtico o la puerta de entrada al esclarecimiento de los hechos-. La autoridad facultada para recibir la declaración de un imputado puede ser la Policía o el Fiscal (a los solos efectos, claro está, de valorar la posibilidad de la atenuación y la utilidad de la misma de cara a los objetivos que persigue). Es más, el artículo 1°, literal 10), de la Ley número 27934, prescribe que la policía está autorizada a recibir manifestación de los presuntos autores y partícipes de la comisión de los hechos investigados, y el artículo 62° del Código de Procedimientos Penales, prescribe que las declaraciones en sede preliminar, llevadas acabo con intervención del Ministerio Público, será apreciados conforme al artículo 283° del citado Código.

22°. Si, como se ha dejado sentad, no puede equipararse de modo absoluto el artículo 136° de la Ley Procesal Penal con el artículo 5° de la Ley número 28122, ello en modo alguno impide apreciar determinados efectos atenuatorios o de reducción de la pena a quienes se acogen a la conformidad. Para ello es de invocar analógicamente el artículo 471° del

nuevo Código Procesal Penal (es de aclarar que el proceso de terminación anticipada del citado Código está vigente todo el territorio nacional). Dicha norma prescribe: "El imputado que se acoja a este proceso recibirá un beneficio de reducción de la pena de una sexta parte. Este beneficio es adicional y se acumulará al que reciba por confesión".

La viabilidad de la analogía, con la consiguiente aplicación a la conformidad del artículo 471° del referido Código, ante la presencia de una laguna jurídica en la conformación legal del artículo 5° de la Ley número 28112, tiene lugar ante una racionalidad que es sustantivamente igual o semejante en sustancia –que no identidad- entre ambas instituciones procesales, las mismas que están sujetas a una lógica encadenada.

Los rasgos esenciales comunes entre la terminación anticipada y la conformidad procesal derivan del hecho que están incardinadas en criterios de oportunidad y de aceptación de cargos – el principio del consenso comprende ambos institutos procesales, aunque en diferente intensidad y perspectiva-, con la consiguiente conclusión de la causa con una sentencia anticipada que pone fin al proceso, sobre la base de una disposición del imputado a la aceptación de los cargos objeto de imputación, lo que desde una perspectiva político criminal , legislativamente aceptada , determina una respuesta menos intensa. Si bien es cierto la oportunidad procesal en que se llevan acabo, los controles judiciales que importan y la mayor intensidad de la colaboración de la primera frente a la segunda, no son los mismos, tales diferencias no eliminan la semejanza existente y su común punto de partida.

Lo expuesto permite concluir que toda conformidad, si reúne los requisitos legalmente establecidos, tiene como efecto el beneficio de la reducción de la pena, sin perjuicio de la reducción, que de presentarse acumula al primero.

23°. El principio de proporcionalidad que informa la respuesta punitiva del Estado, la individualización de la pena, impone una atenuación menor en los supuestos de conformidad. ***No es lo mismo culminar a la causa en sede de instrucción, poniéndole fin anticipadamente, que esperar su culminación y el inicio del juicio oral, como sucede en la conformidad por oposición a la terminación anticipada. En consecuencia, la reducción de la pena que puede llegar a una sexta parte; ha de ser siempre menor de ese término.***

Como se sabe el método de reducción de la pena en el caso de la terminación anticipada (artículo 471° del Nuevo Código Procesal Penal) constituye un último paso en la individualización de la misma. En efecto, fijada la pena con arreglo a los artículos 45° y 46° del Código Penal – luego de haber determinado el marco penal abstracto (pena abstracta) y, a continuación, el marco penal concreto como consecuencia de diversas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y concurso de delitos -, la cual debe ser identificada en la sentencia conformada, corresponde, como última operación, disminuirla en un sexto de la misma.

Empero, según lo expuesto en el primer párrafo, en los supuestos de conformidad procesal la reducción no puede ser de un sexto. Necesariamente ha de tratarse de un puntaje menor. Así las cosas podrán graduarse entre un séptimo o menos, según la entidad o complejidad de la causa, las circunstancias del hecho y la situación personal del imputado, y el nivel y alcance de su actitud procesal." (Sic.)

236

§236. Desvinculación procesal

Acuerdo Plenario	4-2007/CJ-116
Fecha	16 de noviembre de 2007
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	Salas Gamboa, Sivina Hurtado, San Martín Castro, Villa Stein, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Lecaros Cornejo, Valdez Roca, Molina Ordóñez, Príncipe Trujillo, Santos Peña, Calderón Castillo, Rojas Maraví y Urbina Ganvini.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 263º, 273º y 283º-A del ACPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	8º al 12º

RESUMEN:

Si bien es inmutable el hecho punible imputado, ***es posible que el Tribunal, de oficio y en aras del principio de contradicción y del derecho de defensa, pueda introducir al debate o justifique la imposición de una medida de seguridad****, cuanto la modificación jurídica del hecho objeto de la acusación.*

FUNDAMENTOS:

"8°. El principio de correlación entre acusación y sentencia, que exige que el Tribunal se pronuncie cumplidamente acerca de la acción u omisión punible descrita en la acusación fiscal –artículos 273° y 263° del Código Ritual-, es de observancia obligatoria; el término de comparación, a efectos de congruencia procesal, se establece, entonces, entre la acusación oral, que es el verdadero instrumento procesal de la acusación, y la sentencia que contendrá los hechos que se declaren probados y la calificación jurídica e

impondrá la sanción penal correspondiente. En caso de incumplimiento la sentencia incurre en causal de nulidad insanable con arreglo al artículo 298°, literal 3), del Código de Procedimientos Penales. Ratifica esa prescripción el apartado uno del artículo 285°-A del citado Código, introducido por el Decreto Legislativo número 959, que estatuye que el Tribunal en la sentencia que profiera no podrá sobrepasar -aunque sí, degradar- el hecho y las circunstancias –jurídicamente relevantes- fijadas en la acusación y materia del auto de enjuiciamiento o, en su caso, de la acusación complementaria.

9°. Como se sabe, el objeto del proceso penal –o, con más precisión, el hecho punible- es fijado o delimitado por la Fiscalía, a partir del cual se consolidan y desarrollan los principios acusatorio –eje de esa institución procesal y que, en puridad, conforma al juez- y de contradicción –referido a la actuación de las partes-. Ello no quiere decir, desde luego, que las demás partes no incidan en la determinación o ámbito de la sentencia del Tribunal –o que ésta sólo debe pronunciarse acerca de los aspectos fijados por la acusación-. El principio de exhaustividad a su vez impone la obligación al juez de pronunciarse sobre los alcances más relevantes de los hechos, de las pruebas y de las pretensiones de las demás partes procesales o de la resistencia hecha valer por el acusado –que es lo que se denomina, propiamente, el objeto del debate-.Entonces, el hecho punible se delimita en el juicio oral por el Fiscal o acusador, mientras que el acusado y las demás partes –civiles, en este caso- si bien no pueden alterar el objeto del proceso, sí pueden ampliar el objeto del debate. Por ello, en segundo lugar, se ha de tomar en cuenta las peticiones de las partes debidamente formuladas, de modo tal que el Tribunal ha de concretar su cognición a los términos del debate.

10°. El Tribunal ha de pronunciarse respecto al hecho punible imputado una concreta conducta o hecho histórico atribuido al imputado en todo su alcance: concepto procesal de hecho, y a su relevancia jurídico penal desde el bien jurídico vulnerado], el mismo que no puede mutar sustancialmente. Desde los principios acusatorio y de contradicción, los hechos imputados deben respetarse, no pueden alterarse; es decir, la sentencia no puede contener un relato fáctico que configure un tipo legal distinto o que introduzca circunstancias diferentes o nuevas que agraven –de oficio, sin necesidad de previo debate, aunque el Tribunal puede incorporar circunstancias atenuantes- la responsabilidad del acusado [ello no significa

una exactitud matemática entre hecho acusado y hecho condenado, pues el Tribunal –conforme a la prueba actuada y debatida en el juicio oral- puede ampliar detalles o datos para hacer más completo y comprensivo el relato, siempre que no impliquen un cambio de tipificación y que exista una coincidencia básica entre la acusación y los hechos acreditados en la sentencia. Es ajena a esa limitación, al no infringir los principios acusatorio y de contradicción, cuando la Sala sentenciadora aprecie circunstancias referidas a la participación de los imputados o a los diferentes grados de la ejecución delictiva, pues su apreciación no importa una modificación de los hechos esenciales de la acusación y, en esos casos, el Tribunal está sometido al principio de legalidad por el que ante un hecho concreto debe aplicar la norma que corresponda aún en contra de la pedida erróneamente por la acusación. En estos supuestos siempre se da una homogeneidad delictiva y no se produce un supuesto de falta de contradicción o fallo sorpresivo, precisamente por la comunidad de hechos que entraña].

La calificación jurídica del hecho también debe ajustarse a la acusación; no es posible modificarla al no ser ajena al debate contradictorio [primer extremo del apartado dos del citado artículo 285°-A de la Ley Procesal Penal], aunque, como se ha dejado expuesto, es de tener en cuenta el alcance del objeto del debate –las partes están en condiciones de fijar líneas jurídicas alternativas que el Tribunal ha de valorar-. Ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia Delcourt contra Francia, del diecisiete de enero de mil novecientos setenta, reiterada en la sentencia Colak del seis de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho, que la acusación comprende el hecho y su calificación jurídica, y ambos ámbitos deben ser de conocimiento del imputado para que pueda defenderse y de lugar a un juicio equitativo.

11°. Si bien es inmutable el hecho punible imputado, es posible que el Tribunal, de oficio y en aras del principio de contradicción y del derecho de defensa, pueda introducir al debate –plantear la tesis de desvinculación- la concurrencia tanto de una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal no incluida en la acusación que aumente la punibilidad –no una circunstancia de atenuación, en el que sólo rige la nota de tipos legales homogéneos: que sean de la misma naturaleza y que el hecho que los configuran sea sustancialmente el mismo, esto es, modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal- o justifique la imposición

de una medida de seguridad, cuanto la modificación jurídica del hecho objeto de la acusación.

Las denominadas "circunstancias modificativas" son, como se sabe, elementos fácticos accidentales del delito, contingentes o no esenciales, que no pueden servir de fundamento al injusto o a la culpabilidad, cuya función es concretar con mayor énfasis la conducta de los individuos y precisar mucho más el grado de responsabilidad penal en orden a la determinación de la pena a imponer.

La tipificación del hecho punible –el título de imputación- también puede ser alterada de oficio en alguna medida, ya sea porque exista un error en la subsunción normativa según la propuesta de la Fiscalía o porque concurra al hecho una circunstancia modificativa específica no comprendida en la acusación, casos en los que resulta imprescindible cambiar el título de condena.

En ambos casos el referido artículo 285°-A del Código de Procedimientos Penales exige que el Tribunal lo indique a las partes, específicamente al acusado –que es lo que se denomina "plantear la tesis de desvinculación"-, y le conceda la oportunidad de pronunciarse al respecto, al punto que se autoriza a este último a solicitar la suspensión de la audiencia y el derecho de ofrecer nuevos medios de prueba. Aquí se concreta, como es obvio, el derecho de contradicción como sustento del derecho de previo conocimiento de los cargos.

12°. Si bien es posible que el Tribunal dicte una sentencia apartándose de los exactos términos de la acusación, esa posibilidad requiere del cumplimiento de determinados requisitos. La norma procesal últimamente invocada impone al Tribunal que de oficio plantee la tesis de desvinculación en los dos supuestos habilitados: nueva tipificación e incorporación de circunstancias agravantes. Es evidente que no hará falta el planteamiento de la tesis cuando el acusado, por ejemplo, en su resistencia incorporó una distinta calificación jurídica de los hechos acusados –como argumento principal, alternativo o secundario-, ya sea expresa o implícitamente, es decir, en este último caso, cuando sin proponerlo puntualmente es evidente que incorpró ese planteamiento en su estrategia defensiva. En este supuesto no existe problema alguno con el principio acusatorio y la decisión del Tribunal, debidamente motivada, por una u otra opción jurídica respetará igualmente el principio de contradicción y el derecho de defensa.

Es sabido que uno de los contenidos de la garantía de defensa procesal, junto con el conocimiento de los materiales de hecho afirmados por la parte contraria –la Fiscalía en este caso- y de la prohibición de la indefensión –que es la vertiente negativa de dicha garantía-, es que los elementos de derecho que puedan servir para conformar la decisión judicial –aducidos por las partes o que pueden proceder de la aplicación del principio iura novit curia- han de permitir a las partes procesales la posibilidad de aducir en torno a los mismos, de suerte que desde una perspectiva negativa están prohibidos los fallos sorpresivos.

Tratándose del supuesto de modificación de la calificación jurídica, y aún cuando no se ha planteado la tesis, es posible una desvinculación en los casos de manifiesto error, de evidencia de la opción jurídica correcta, fácilmente constatable por la defensa [véase la Sentencia Gea Catalán contra España, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del diez de febrero de mil novecientos noventa y cinco], de tal modo que por lo obvio o semejanza de la opción asumida no se produce un supuesto de indefensión, en tanto que todos los puntos de la sentencia pudieron ser debatidos al haber sido contenidos en la acusación. En estos casos el tipo legal objeto de condena en relación con el tipo legal materia de acusación ha de ser homogéneo: mismo hecho histórico subsumible en una figura penal que lesione el mismo bien jurídico protegido [esta regla expresa una importante limitación al principio iura novit curia], en tanto expresan conductas estructuralmente semejantes."

237

§237. Declaración de contumacia en la etapa de Enjuiciamiento. Presupuestos materiales

Acuerdo Plenario	5-2006/CJ-116
Fecha	13 de octubre de 2006
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	González Campos, San Martín Castro y Lecaros Cornejo.
Jueces Supremos	Salas Gamboa, Sivina Hurtado, Gonzáles Campos, San Martín Castro, Palacios Villar, Lecaros Cornejo, Molina Ordóñez, Barrientos Peña, Vega Vega y Príncipe Trujillo.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 205°, 206°, 210° y 318 al 322 del ACPP.; 2° y 3° del D.Leg. N° 125; D.Leg. N° 959; y 1° de la Ley N° 26641.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	7° al 13°

RESUMEN:

*Son **presupuestos materiales para la declaración de contumacia** en la etapa de enjuiciamiento: primero, **que el acusado presente sea emplazado debidamente con la citación a juicio**, para lo cual se entenderá que si el propio emplazado proporciona un domicilio falso, ello acredita su intención de eludir la acción de la justicia y justifica la declaración como reo contumaz; segundo, **que la indicada resolución judicial, presupuesto de la declaración de contumacia, incorpore el apercibimiento expreso de la declaración de contumaz en caso de inasistencia injustificada**; y, por último, **que el acusado persista en la inconcurrencia** al acto oral. Es tras este supuesto que se hará efectiva la emisión del auto de declaración de contumacia y se procederá conforme al juicio contra reos ausentes.*

FUNDAMENTOS:

"7°. El artículo 139°, numeral 3), de la Ley Fundamental garantiza el derecho de las partes procesales a acceder al proceso en condiciones de poder ser oído y ejercitar la defensa de sus derechos e intereses legítimos. En tal sentido, como postula PICO I JUNOY, los actos de comunicación de las resoluciones judiciales –notificaciones, citaciones y emplazamientos-, en la medida en que hacen posible la comparecencia del destinatario y la defensa contradictoria de las pretensiones, representan un instrumento ineludible para la observancia de las garantías constitucionales del proceso [*Las garantías constitucionales del proceso*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, pp. 54]. Dada su trascendental importancia es obvio que corresponde al órgano jurisdiccional examinar cumplidamente que los actos de comunicación, el emplazamiento a las partes, en especial al imputado con la llamada al proceso, cumplan escrupulosamente las normas procesales que los regulan a fin de asegurar la efectividad real de la comunicación.

8°. La contumacia está íntimamente vinculada a esa institución procesal de relevancia constitucional, cuya definición legal se encuentra en el artículo 3°, inciso 1), del Decreto Legislativo número 125, y que a su vez ratifica que el imputado tiene la carga de comparecer en el proceso penal, y si no lo hace se expone a una declaración de contumacia.

El ordenamiento procesal penal nacional reconoce, además, la ausencia, y en ambos casos, como es evidente, consagró como dogma la imposibilidad de desarrollar el juicio oral –fase angular del sistema acusatorio- sin la necesaria presencia del acusado[en este sentido, el Código –acota GIMENO SENDRA- llevó hasta sus últimas consecuencias el principio general del Derecho, conforme al cual 'nadie puede ser condenado sin haber sido previamente oído', interpretando dicho precepto como exigencia de comparecencia física del imputado en el proceso a fin de que pueda ejercitar su defensa privada y, en último término, su derecho a la 'última palabra': *Derecho Procesal Penal*, Editorial Colex, Madrid, 2004, página 215].

Lo relevante de ambas instituciones: contumacia y ausencia, de configuración legal, a las que se anudan variados efectos procesales que incluso entrañan una intensificación de las medidas de coerción personales, es que se requiere de una resolución judicial motivada que declare el estado de ausencia o contumacia del imputado, la cual importa

una verdadera obligación judicial que habrá de dictarse cuando se cumplan escrupulosamente los presupuestos materiales estipulados por la ley procesal, y que a su vez se erige en condición necesaria para dictar las medidas de coerción limitativas de la libertad del imputado.

La indicada resolución judicial tiene una naturaleza constitutiva, ya que por ella se crea el estado de ausente o contumaz, al que va ligado normalmente la adopción de medidas provisionales personales. La declaración de contumacia constituye una situación procesal que legitima al juez para ordenar la detención del procesado renuente a acatar el cumplimiento de determinados mandatos procesales.

9°. El citado artículo 3° del Decreto Legislativo número 125 define la institución de la contumacia. El contumaz, en términos generales, es el imputado que conoce su condición de tal y que está o estará emplazado al proceso para que responda por concretos cargos penales, y pese a ello deja de concurrir, se aparta voluntariamente del proceso [el encausado es consciente de la existencia de un proceso penal dirigido contra él y decide no acudir a la llamada del órgano jurisdiccional]. Es significativo a estos fines el literal a) del citado artículo, que precisa que se reputa ***contumaz***: *"Al que habiendo prestado su declaración instructiva o estando debidamente notificado, rehuye el juzgamiento en manifiesta rebeldía o hace caso omiso a las citaciones o emplazamientos que le fueran hechos por el Juez o Tribunal"*.

A estos efectos, el artículo 1° de la Ley número 26641 exige que el auto que declara la condición de contumaz del imputado –sin esa ***resolución*** judicial no es posible calificar a un acusado de contumaz- ***sólo se dictará desde que***: *"...existen evidencias irrefutables que el acusado rehúye del proceso..."*.

10°. La contumacia puede declararse en sede de instrucción o de la etapa intermedia o del enjuiciamiento. El artículo 2° de dicho Decreto Legislativo regula, aunque genéricamente, la posibilidad de declararla en la etapa de instrucción, a cuyo efecto remite a lo dispuesto en los artículos 205° y 206° del Código de Procedimientos Penales. Esa disposición, como es obvio y aplicando integrativamente el artículo 1° de la Ley número 26641, sólo exige que existan evidencias irrefutables que el inculpado, según se encuentre en los supuestos del artículo del referido Decreto Legislativo número 125, rehuye el proceso –concretamente, la instrucción- para que se dicte el auto de declaración de contumacia. No se requiere, desde luego, una reiteración del mandato y una segunda incomparecencia para la emisión del auto de contumacia, situación que incluso es evidente en

los supuestos de citación para diligencia de lectura de sentencia en los procesos sumarios (conforme: Sentencias del Tribunal Constitucional número 3014-2004-HC/TC, del 28.12.2004; número 7021—2005-HC/TC, del 17.10.2005; y, número 2661-2006-HC/TC, del 17.4.2006). En este último caso: lectura de sentencia en los procesos penales sumarios, se explica porque no se trata propiamente de una fase procesal autónoma que requiere de una sucesión de actos procesales y diligencias de presentación de cargos, actividad probatoria, alegatos, última palabra, y deliberación y sentencia.

11°. El auto de enjuiciamiento o, en su caso, el de citación a juicio, por el contrario, tiene precisiones estrictas para el emplazamiento del acusado presente; está asociado a un apercibimiento específico y un trámite escrupuloso.

Prescribe al respecto el artículo 210° del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número 125, que: *"...Tratándose de reos con domicilio conocido o legal conocido en autos, será requerido para su concurrencia al juicio bajo apercibimiento de ser declarado contumaz [...], señalándose nueva fecha para la audiencia, siempre que se hubieran presentado o en cárcel. Si el acusado persiste en la inconcurrencia, se hará efectivo el apercibimiento, procediéndose en lo sucesivo conforme a los artículos 318° al 322° del Código de Procedimientos Penales".*

12°. Siendo así, son ***presupuestos materiales para la declaración de contumacia en la etapa de enjuiciamiento***: ***a)*** Que el acusado presente, con domicilio conocido o legal, sea emplazado debida o correctamente con la citación a juicio [se entiende que si el propio emplazado proporciona un domicilio falso, ello acredita su intención de eludir la acción de la justicia y justifica la declaración como reo contumaz, tal como ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional en la sentencia número 4834-2005-HC/TC, del 8.8.2005]; ***b)*** Que la indicada resolución judicial, presupuesto de la declaración de contumacia, incorpore el apercibimiento expreso de la declaración de contumaz en caso de inasistencia injustificada; y, ***c)*** Que el acusado persista en la inconcurrencia al acto oral, en cuyo caso se hará efectivo el apercibimiento previamente decretado, esto es, la emisión del auto de declaración de contumacia, y se procederá conforme al juicio contra reos ausentes.

En tal virtud, el órgano jurisdiccional deberá examinar cuidadosamente el debido emplazamiento al imputado, la correcta notificación, y sobre

esa base proceder en su consecuencia [El Tribunal Constitucional en la sentencia número 3411-2006-HC/TC, del 12.5.2006, ha insistido en que si no se notifica debidamente al imputado no es legítimo declararlo reo contumaz]. Para la declaración de contumacia, acto seguido, es central la nota de "persistencia" en la incomparecencia voluntaria del acusado al acto oral, la cual significa mantenerse firme o constante en una cosa o, más concretamente, ante el emplazamiento judicial, es decir, no cumplirlo deliberadamente.

Ahora bien, si el párrafo analizado está en función a la iniciación del acto oral o a su continuación, esto es, si la norma procesal precisa que se señalará nueva fecha para la audiencia siempre que no hayan otros reos libres que se hubieran presentado o en cárcel, a partir de lo cual se hace mención a la persistencia del acusado en su incomparecencia, entonces, es evidente que la resolución judicial de contumacia se dictará una vez que el acusado incumpla este segundo emplazamiento, a mérito de lo cual se renovarán las órdenes para su captura, se le emplazará por edictos y se reservará el proceso hasta que sea habido, tal como lo dispone, en lo pertinente, el artículo 319° del Código de Procedimientos Penales. Es claro, asimismo, que si el acto oral tiene lugar por la concurrencia de otros acusados, la declaración de contumacia se hará efectiva una vez se cite al acusado inconcurrente para la continuación del juicio oral, aplicando en lo pertinente las normas antes invocadas.

13°. Por otro lado, en vista que el auto de contumacia importa, además, la restricción de la libertad personal del imputado –en todo caso, una medida de coerción personal más intensa-, tal y como ha sido establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia número 934-2002-HC/TC, del 8.7.2002, si el juez rechaza indebidamente la recusación – al margen de la ley procesal-, lesionando con ello el principio constitucional del procedimiento preestablecido, tal decisión deviene ilegítima. Sobre el particular es de rigor precisar que con posterioridad a dicha sentencia se han dictado la Ley número 28117, del 10.12.2003, y el Decreto Legislativo número 959, del 17.8.2004, que han introducido cambios sustanciales en el régimen y procedimiento de la recusación y excusa o inhibición de Jueces y Vocales.

Las normas antes citadas, a diferencia del texto procesal originario, autorizan al rechazo liminar o de plano del pedido de inhibición o de la solicitud de recusación, estipulan un plazo determinado para recusar y

reordena el trámite incidental correspondiente, y delimitan los motivos de recusación contra Vocales.

En tal virtud, si se vulnera el nuevo ordenamiento procesal rechazando de plano la recusación, sin amparo en la respectiva autorización legal, obviamente rige la doctrina jurisprudencial inicialmente mencionada. Es claro, sin embargo, que si una recusación se rechaza de plano por un motivo legalmente establecido en la Ley procesal, obviamente será posible –más allá de la interposición del respectivo recurso de apelación contra tal desestimación liminar, que no tiene efecto suspensivo- dictar el auto de contumacia y las medidas restrictivas de la libertad correspondientes.

Por lo demás, si se da trámite a una recusación, aún cuando éste no suspende el proceso principal ni la realización de diligencias o actos procesales –cuya actuación está sujeta a la efectiva concurrencia del Ministerio Público y citación a las partes-, y existe expresa prohibición de expedir resolución que ponga fina a la instancia o al proceso –vid.: apartado dos del artículo 33° del Código de Procedimientos Penales-, debe entenderse que tampoco se puede dictar una medida limitativa de la libertad, como consecuencia de un auto de contumacia, en tanto las dudas sobre la imparcialidad judicial no se deslinden definitivamente conforme a sus trámites regulares. Cabe acotar que lo expresamente autorizado son actos o diligencias procesales, no la expedición de una resolución que incida en un derecho fundamental de la trascendencia de la libertad personal, y además siempre está prohibido –esta vez por regla expresa- clausurar el proceso hasta que la recusación o inhibición esté resuelta."

238

§238. Límites de la variación la imputación en la acusación formulada en el Juicio oral y en la sentencia final

Casación	234-2017-LA LIBERTAD
Fecha	22 de agosto de 2017
Procedencia	Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	San Martin Castro.
Jueces Supremos	San Martin Castro, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	art. 387 del CPP

RESUMEN:

El principio acusatorio impide que se traspasen los límites de la pretensión procesal, que queda acotada, en la acusación escrita, por los hechos que en ella se comprenden, y por las personas a quienes se imputen. El fiscal en la requisitoria oral debe mantener los hechos básicos. Están prohibidas las alteraciones esenciales, no meramente formales. Solo se podrá variar, en este extremo objetivo, las modalidades del suceso y sus circunstancias, las que no modifican esencialmente la imputación ni provocan indefensión, como indica el señalado apartado 3) del artículo 387 del Código Procesal Penal.

Al tribunal corresponde valorar la prueba practicada y en consecuencia puede introducir en el relato otros elementos, siendo el límite que éstos sean de carácter accesorio respecto del hecho imputado, que incrementen la calidad de lo que se relata y permitan una mejor comprensión de lo que el Tribunal entiende que ha sucedido.

FUNDAMENTOS:

PRIMERO. Que, como quedó expuesto, este Supremo Tribunal por Ejecutoria de fojas ciento cincuenta y tres -del cuadernillo respectivo-, de veintiocho de abril de dos mil diecisiete, admitió el recurso de casación por los motivos de inobservancia de precepto constitucional y vulneración de precepto penal material, previstos en el artículo 429°, apartados 1 y 3, del Código Procesal Penal. Corresponde analizar, en su consecuencia, los siguientes temas:

Primero. Los alcances del tipo legal de hurto y la circunstancia agravante vinculada al espectro radiocléctrico (artículos 185° y 186°, numeral 7, del Código Penal).

Segundo. La existencia o no de una prueba ilícita en relación con la vulneración del derecho a la libertad domiciliaria. Se cuestiona el cumplimiento de los requisitos para su restricción y la corrección de su ejecución.

Tercero. La correlación entre acusación y sentencia: identidad de hechos. Debe examinarse la denuncia casacional del imputado en relación con el principio acusatorio, integrante de la garantía del debido proceso.

Cuarto. La presencia de un procedimiento administrativo sancionador y su relevancia respecto a la fecha de la decisión administrativa absolutoria y al contenido de información asumible por la jurisdicción penal.

SEGUNDO. Que, en cuanto al motivo de vulneración del precepto penal material, en relación con el artículo 186°, numeral 7 del Código Penal, en buena cuenta el imputado Rebaza López cuestiona la propia tipificación de esa circunstancia agravante y, a partir de esa consideración, hace mención a la exigencia de medición de la sustracción del espectro electromagnético y su valoración económica, que exigiría todo delito contra el patrimonio.

No existe ilegitimidad en el juicio de tipicidad realizado por el Tribunal Superior y en la propia configuración típica realizada por el Legislador. Es de acotar que el espectro electromagnético es un bien mueble incorporal debidamente definido por la Ley de Telecomunicaciones. Se entiende como «aquel campo de energía natural formado por la ionósfera, a través del cual se desplazan y distribuyen las diversas ondas radiocléctricas lanzadas desde la tierra por estaciones emisoras

para efectos de las telecomunicaciones a mediana y gran escala» (Salinas Siacha, Ramiro: Delitos contra el patrimonio, Ediciones Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 85J.

El que ilegalmente cuenta con los equipos correspondientes y los utiliza para captar las ondas radiocléctricas al margen de la autorización administrativa, lo que está haciendo es usar el espectro electromagnético para la transmisión de telecomunicaciones clandestinas.

El artículo 185° del Código Penal, última oración, para efectos penales, equipara la noción «bien mueble», entre otros, al espectro electromagnético, el cual a su vez tiene valor económico y es susceptible de uso ilegal por el sujeto activo del delito de hurto con agravantes -se afecta, con esta conducta, la banda de navegación aeronáutica y servicios de telecomunicaciones autorizadas, con el consiguiente daño para la colectividad-.

Conforme al artículo 66° de la Constitución y su desarrollo por el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones aprobado por Decreto Supremo número 013-93-TCC, de seis de mayo de mil novecientos noventa y tres (artículos 57° y 58°), así como por la Ley número 28278, de dieciséis de julio de dos mil cuatro, el espacio radioeléctrico es un recurso natural que forma parte del patrimonio de la Nación y el Estado es soberano en su aprovechamiento. Por tanto, su utilización por un tercero no autorizado es delictiva -el elemento, ajenidad, es plenamente aplicable-. De otro lado, el agente «toma para si» -aprehende- las ondas radioeléctricas para hacer uso de ellas en telecomunicaciones ilegales, al margen del ordenamiento jurídico público -el espacio radioeléctrico es un recurso natural de titularidad estatal-, y esa actividad tiene un indudable contenido económico, por lo que es posible estimar que produce una disminución patrimonial al Estado; por la actividad de radiodifusión el Estado cobra el canon respectivo (véase, sobre este punto, el Decreto Supremo número 016-2010-MTC, de treinta de marzo de dos mil diez). En esta línea se entiende por sustracción toda conducta que lleva a cabo el sujeto activo en virtud de la cual arranca o aleja el bien mueble de la esfera de dominio de la víctima, y esto sucede cuando se trata del espacio radioeléctrico y se utilizan equipos para captar hondas sin la autorización del Estado.

Las propias características del espacio radioeléctrico, desde luego, toma muy difícil la valuación económica del perjuicio. Empero, éste puede concretarse en función a los actos de utilización ilegal y a otros factores, que corresponde fijar a la ley de la materia -en función al canon dejado de percibir-, que dicen de las especiales peculiaridades del espacio radioeléctrico.

Existe, pues, base jurídica y político criminal para el castigo penal. La tipicidad es precisa y tiene auxilio en la legislación de telecomunicaciones. El principio constitucional de legalidad, en cuanto a los requisitos de «ley escrita, ley previa, ley estricta o cierta» se ha respetado. El bien jurídico tutelado en esta modalidad de atentado patrimonial está definido y justificado constitucionalmente. Su desarrollo legal está, igualmente, consolidado desde las exigencias del derecho penal.

El motivo no puede prosperar.

TERCERO. Que, en lo referente a la vulneración de la libertad domiciliaria en relación con la diligencia de entrada y registro, que daría lugar a una prueba ilícita, se tiene que el Supervisor General de Control y Supervisión de Comunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones solicitó al juez penal de Sánchez Camón la medida de allanamiento e incautación, requerimiento que tiene sustento en la Resolución Directoral número 821 -2013/MTC/29, de dieciséis de agosto de dos mil trece.

En la parte expositiva de la resolución cautelar de fojas diez, de veintiséis de noviembre de dos mil trece, se indicó que el inmueble concernido está ubicado en jirón Sánchez Camón número doscientos setenta y seis guion doscientos setenta y ocho -Huamachuco, Sánchez Camón- La Libertad, donde opera la Radiodifusión RTC TRV guion VHF RTC de propiedad del imputado Rebaza López. Empero, en la parte considerativa (duodécimo fundamento jurídico) se indica que la ubicación de la planta de esa emisora se encuentra en el jirón José Pardo sin número, Barrio Los Pajaritos -Cerro Santa Bárbara, y que según la indicada resolución directoral los dos locales ya mencionados forman una unidad.

Es verdad que en la parte resolutiva solo se hizo referencia al primer inmueble o local, pero es evidente que, si las actuaciones administrativas comprendían el conjunto de la actividad de telecomunicaciones, bajo el cargo de su presunta ilegalidad -y así se menciona en la parte considerativa del auto cautelar-, era obvio que el local donde quedaba la planta emisora también sería objeto de la referida medida cautelar. Esa omisión del juez -en la parte resolutiva- no significa que la medida cautelar no comprendiera toda esa actividad de radiodifusión. El conjunto de las actuaciones administrativas, previas a dicha resolución, alcanzaban al local ubicado en el jirón José Pardo. En ese local es donde se encontraron los equipos incautados y se encontraba quien se desempeñaba como locutor, el señor Egoavil Sobrevilla, con quien se entendió la diligencia, conforme al acta de fojas dieciséis.

Cabe enfatizar, primero, que la medida de allanamiento e incautación tiene un sustento legal específico: los artículos 86º y 96º-98º, en concordancia con el artículo 77º, de la Ley de Radio y Televisión número 28278, de dieciséis

de julio de dos mil cuatro; segundo, que el procedimiento especial que prevé el referido dispositivo legal se respetó cumplidamente -sobre el que ni siquiera existe cuestionamiento de parte-; y, tercero, que la resolución del juez está debidamente motivada -respetó el canon tanto de (i) proporcionalidad (presupuestos generales: legalidad o tipicidad procesal y jurisdiccionalidad, y requisitos generales: idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad), cuanto de (ii) intervención indiciaría-.

Por último, la omisión en la indicación expresa de la ubicación de la planta emisora -donde precisamente se hallaron los equipos finalmente incautados-, no constituye un vicio constitucional que origina la ilicitud del allanamiento y de la propia incautación y, por ende, la inutilizabilidad de la fuente de prueba obtenida por ese medio (supuesto de prueba inconstitucional).

Fluye de la propia resolución que implícitamente la comprende y, por ende, no significa que se incurrió en una vulneración de la legalidad constitucional -el sentido del petitorio y el objeto de la autorización judicial cuestionada, en estricto derecho, comprendió el citado local, que por lo demás integraba una misma unidad de radiodifusión-. El auto judicial identificó a la persona, contra quien se seguían actuaciones administrativas sancionadoras, y proporcionó los detalles precisos del inmueble materia de la diligencia. Si bien la persona indicada como titular del predio no se encontraba, tal situación no es trascendente pues lo esencial es la identificación del domicilio -la razón es clara: «no siempre es posible saber quién es el que dentro de un domicilio está cometiendo un delito o guarda elementos de prueba decisivos para el descubrimiento del autor del mismo» (conforme: Sentencia del Tribunal Supremo de España, Sala Segunda -en adelante, STSE- de veinte de mayo de mil novecientos noventa y seis). Incluso el error en el numero de la vivienda es intrascendente si la vivienda queda suficientemente individualizada (conforme: STSE de dieciocho de junio de dos mil diez). Si esto es así, en la medida en que se mencionaron los dos locales del negocio ilegal atribuido al imputado -así consta de la parte considerativa del auto judicial cuestionado-, y si bien arrojó resultados positivos el segundo local, cuya indicación no se señaló en la parte resolutiva pero sí en la parte considerativa, tal omisión tampoco es trascendente para apreciar infracción constitucional.

El motivo debe desestimarse.

CUARTO. Que, en lo atinente a la infracción al principio de congruencia o correlación entre acusación y sentencia, se tiene lo siguiente:

1. La acusación escrita de fojas noventa y siete, en su Sección II "Relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado", puntualizó

que los hechos consisten en que el veintiocho de noviembre de dos mil trece, en cumplimiento de la Resolución Directoral número ochocientos cincuenta y cinco guión dos mil trece guión MTC guión veintinueve, de diecisiete de mayo de dos mil trece, se ejecutó una medida cautelar en la calle José Pardo sin número, Barrio Los Pajaritos, Cerro Santa Bárbara – distrito de Huamachuco, donde se ubica la estación RTC TV. Es del caso que el señor Edgar Egoavil Sobrevilla, en calidad de responsable y locutor de la citada estación, facilitó el ingreso al inmueble y admitió que no se tenía autorización para su funcionamiento. En el momento de la intervención la estación se encontraba emitiendo señal en canal trece. Se incautaron un excitador y amplificador. No se pudo incautar el transmisor porque fue escondido. Dicha estación de radiodifusión, según el informe número cuatro mil cuatrocientos sesenta y uno guión dos mil doce guión MTC guión veintinueve punto cero dos, de diecisiete de octubre de dos mil doce, es de propiedad del encausado Rebaza López.

2. Los términos de la acusación escrita fueron reiterados por el Fiscal, como no podía ser de otra manera (artículo 371, numeral 2 del Código Procesal Penal), en la exposición inicial de la acusación –en el alegato de apertura o preliminar– de fojas ochenta y uno, de veintiocho de setiembre de dos mil quince. El Fiscal insistió en la fecha del acto de intervención cautelar con presencia del Ministerio Público y que el imputado Rebaza López era el propietario de la estación de televisión cuestionada. Agregó que con las pruebas documentales referidas a las diligencias del procedimiento administrativo sancionador acreditaría los cargos. En esos mismos términos se concretó la acusación oral (artículo 387, numeral 1 del Código Procesal Penal).

3. La sentencia de primera instancia, sin embargo, extiende el hecho imputado a partir del año dos mil ocho. Sobre el particular, la sentencia de vista en su fundamento jurídico vigésimo acotó que si bien es verdad que la narración fiscal de los hechos se circunscribió a la intervención del veintiocho de noviembre de dos mil trece, también lo es que la acusación "...narra igualmente que dicha actividad cautelar tiene su base en los informes y expedientes sancionatorios anteriores, los cuales se remiten no al año 2013, sino desde el año 2008 hasta la data de la intervención; en los cuales se señala expresamente como

propietario al acusado". Tal razonamiento llevó a la Sala Superior a desestimar el agravio vinculado a la vulneración del principio acusatorio.

QUINTO. Que el principio acusatorio impide que se traspasen los límites de la pretensión procesal, que queda acotada, en la acusación escrita, por los hechos que en ella se comprenden, y por las personas a quienes se imputen. El fiscal, a su vez, en la requisitoria oral debe mantener la identidad esencial del hecho objeto de acusación escrita –los hechos básicos– (artículo 387 numeral 1 y 3, del Código Procesal Penal) –está prohibido, por tanto, las alteraciones esenciales, no meramente formales (conforme.: STSE de diez de mayo de 2007)–. Solo se podrá variar, en este extremo objetivo, las modalidades del suceso y sus circunstancias, las que no modifican esencialmente la imputación ni provocan indefensión, como indica el señalado apartado 3) del artículo 387 del citado Código.

En la sentencia impugnada se parte de estimar que el delito sub-judice es un delito permanente y que, por las actuaciones administrativas, se entiende que el hecho delictivo se inició en dos mil ocho. Sin embargo, extender el suceso histórico objeto de acusación a fechas anteriores, sin discriminar que el propio Fiscal diferenció entre hechos imputados y elementos de convicción –indicación de la prueba documental que sustentaría los cargos–, importó una alteración esencial de la identidad del hecho. No se trató de agregar (i) una circunstancia –que son datos fácticos que están alrededor del hecho principal y que importan una agravación o atenuación de la respuesta punitiva– o introducir (ii) algunos detalles fácticos que mejor expliquen o perfilen el mismo suceso histórico, en aras de una mayor claridad expositiva o una mejor comprensión de lo ocurrido (conforme: STSE número 351/2012, de siete de mayo de dos mil doce) –siempre, claro está, que estas circunstancias o datos fueron materia de debate, conforme a la prueba practicada en el juicio oral, y que las circunstancias "contra reo" sean asumidas por la fiscalía–.

Introducir, como parte del objeto procesal, otras fechas y señalar que la conducta realizada por el imputado Rebaza López tuvo lugar en momentos anteriores al tiempo de la medida cautelar –muchos años atrás–, bajo la justificación de que ésta integró un mismo suceso típico y ello consta de la prueba documental recabada en la etapa de investigación preparatoria, no es de recibo. Es verdad que es al Tribunal y no a las partes a quien corresponde valorar la prueba practicada, y en su consecuencia puede introducir en el relato otros elementos. El límite es que éstos sean de carácter accesorio respecto del hecho imputado, que incrementen la calidad de lo que se relata y permitan una mejor comprensión de lo que el

Tribunal entiende que ha sucedido (conforme: STSE número 58/2015, de diez de febrero de dos mil quince). Es evidente que extender judicialmente el tiempo de comisión del delito y derivarlo años atrás, con el pretexto de su supuesta comisión permanente, no importa un elemento accesorio o meramente secundario al hecho principal, sino extender un suceso histórico, con todo lo ello significa, en relación a hechos, pruebas y alegación sobre ambos. Luego, los hechos objeto de acusación y los hechos materia de condena se alteraron en su esencia –lo que introdujo la sentencia no fueron elementos episódicos, periféricos o de mero detalle (conforme: STSE número 849/2013, de doce de noviembre de trece)–.

Este motivo debe ser estimado. Solo cabe un examen respecto de los hechos específicamente acusados.

SEXTO. Que, en lo concerniente a la relevancia de la decisión del Ministerio de Transportes y Comunicaciones en el procedimiento administrativo sancionador que se siguió contra el imputado por los hechos que dieron lugar al auto cautelar de fojas diez, de veintiséis de noviembre de dos mil trece, es de rigor apuntar lo siguiente:

1. La autoridad administrativa, en mérito a los Informes número cuatro mil cuatrocientos sesenta y uno guión dos mil doce guión MTC oblicua veintinueve punto cero dos, de diecisiete de octubre de dos mil doce, de fojas tres; acta de inspección técnica número cero uno cuarenta ocho uno guión dos mil doce, de dieciocho de setiembre de dos mil doce, de fojas cinco; Informe número mil cuatrocientos veintisiete guión dos mil trece guión MTC oblicua veintinueve punto cero dos, de seis de mayo de dos mil trece; y, acta de inspección técnica número cero cero cuarenta y ocho guión dos mil trece de dieciséis de abril de dos mil trece, emitió la Resolución Directoral número cuatro mil doscientos cuarenta guión dos mil trece guión MTC, de veintisiete de diciembre de dos mil trece, de fojas treinta y cuatro, que inició procedimiento administrativo sancionados contra el imputado Rebaza López por la vulneración del artículo 77, numeral a), de la Ley de Radio y Televisión. Los cargos se ampliaron mediante Resolución Directoral número dos mil trescientos setenta y dos guión dos mil catorce guión MTC oblicua veintinueve, de quince de setiembre de dos mil catorce, de fojas treinta y uno. La primera se refirió a "prestación de frecuencia del servicio radiodifusión sonora sin autorización" y la segunda se circunscribió a "prestación de frecuenta del servicio de radiodifusión por televisión sin autorización".

2. En ese procedimiento el imputado, por escrito de descargo de fojas setenta y dos, de cuatro de febrero de dos mil catorce, siempre alegó no haber participado en ninguna actuación de la Administración y que no es propietario de la Estación intervenida.

3. La Resolución Directoral, firme, número tres mil cuatrocientos ochenta y cinco guión dos mil catorce guión MTC guión dos mil nueve, de veintitrés de diciembre de dos mil catorce, empero, absolvió al encausado Rebaza López –no se probó que era propietario de la estación intervenida– y sancionó, por el contrario, a Luis Alberto Pereda Carbajal, quien reconoció expresamente ser titular y propietario de la aludida estación. El oficio número mil quinientos dieciocho guión dos mil quince guión MTC guión veintinueve, de ocho de abril de dos mil quince, de fojas noventa, dio cuenta que la indicada Resolución Directoral quedó firme.

SÉPTIMO. Que si bien el procedimiento administrativo sancionador se inició con anterioridad al proceso penal –este último se planteó a raíz de la acusación directa de fecha trece de octubre de dos mil catorce [fojas noventa y siete]–, la resolución administrativa final se emitió con posterioridad a la sentencia de primera instancia –la sentencia de vista se profirió luego que esa resolución administrativa quedara firme–.

La primacía de la jurisdicción penal sobre el procedimiento administrador es una premisa jurídica insoslayable (artículo III, primer párrafo, última oración, del Título Preliminar del Código Procesal Penal) y, por tanto, cuando paralelamente se siguen, por los mismos hechos, un procedimiento penal y un procedimiento administrativo, el último depende del primero en cuanto a la declaración de hechos probados –distinto será el caso, desde luego, si la jurisdicción penal se inicia con posterioridad a la conclusión del procedimiento administrativo sancionador, en cuya virtud para evitar la lesión al "ne bis in ídem" será de rigor determinar si existe entre ambos procedimientos "unidad de fundamento" o de bien jurídico tutelado–.

OCTAVO. Que el criterio-base para definir el juicio histórico es si el imputado Rebaza López tenía el control de la estación concernida al momento de la intervención administrativa, según los términos fijados en el quinto fundamento jurídico. La Administración estimó que no era propietario y, por tal razón, absolvió. La jurisdicción penal, en primera y segunda instancia, consideró lo contrario, aunque indebidamente extendió los hechos en que se ejecutó el delito. Cabe aclarar que la sentencia de vista no dio mérito al contrato de traspaso de canal de televisión RTC-TV-Canal trece que el imputado celebró con Luis

Alberto Pereda Carbajal –de fecha veintidós de diciembre de dos mil once, de fojas cuarenta y uno– por no ser conforme con la legislación sobre la materia.

La propia Administración entendió que era posible estimar que el imputado Rebaza López era propietario de la estación intervenida –los argumentos de defensa siempre han sido los mismos en las dos esferas jurídicas–. Ésta tiene a su cargo todo el sistema jurídico referido a las autorizaciones y mecanismos de transferencia a tercero de las licencias otorgadas. De su parte, no calificó como inexistente ese contrato.

NOVENO. Que debe entenderse que el contrato es un medio de prueba documental y apunta a acreditar si el imputado, a la fecha de la intervención administrativa, era o no propietario de la estación de televisión. No se puede analizar en sede penal como si fuera un acto jurídico cuya validez o eficacia debe ser decidida, sino como el reflejo de un hecho que puede tener influencia en los actos de sustracción o utilización ilegal del espectro electromagnético.

Así las cosas, afirmar que no se tenía control de la estación intervenida y, por ende, que no se llevó a cabo los actos reputados delictivos, puede acreditarse con prueba documental, pericial o personal –según los casos–. Pereda Carbajal aceptó esa calidad en sede administrativa –fue sancionado y no impugnó la multa impuesta–; incluso respondió frente a las denuncias laborales de cuatro trabajadores de la Estación intervenida –así fluye de los escritos anexos al escrito de fojas doscientos cincuenta y dos, auto de fojas doscientos setenta y dos, y escritos anexos al escrito de fojas doscientos noventa y seis, todos admitidos por la autoridad jurisdiccional–. No existe prueba en contrario que niegue esa afirmación del imputado. No hay suficiencia probatoria, desde las exigencias de la garantía de presunción de inocencia, y, en todo caso, existe duda razonable acerca de que el imputado Rebaza López tenía el control de la estación intervenida y, como tal, utilizó ilegalmente –él o a través de otras personas a su servicio– el espectro electromagnético. El material probatorio que tuvo a la vista el órgano jurisdiccional no permitía una decisión distinta a la asumida por la Administración.

El motivo debe estimarse y así se declara. Procede, entonces, al no ser necesaria una nueva audiencia o debate para definir el resultado de la causa (artículo 433 numeral 1 del Código Procesal Penal), absolver al imputado de la acusación fisca

239

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

Casación	159-2011-HUAURA
Fecha	22 de mayo del 2012
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Jueces Supremos	Villa Stein, Pariona Pastrana, Salas Arenas, Neyra Flores y Morales Parraguez.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 123°.1 y 395° del NCPP. y el art. 139°.5 de la Const.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	3.11° y 3.12°

RESUMEN:

El nuevo modelo procesal penal ***no extingue la obligación de presentar, debidamente documentadas, las resoluciones judiciales por escritos****; salvo algunas excepciones. Todo esto sin perjuicio de ser oralizadas en su momento.*

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE:

3.11 El nuevo modelo procesal penal, no implica la liquidación de la transcripción de las resoluciones judiciales oralmente pronunciadas: sino más bien, dentro del marco constitucional, armoniza lo oral y lo escrito (que se halla normativamente limitado - referencia a la síntesis en las actas, prohibición de la presentación de escritos en casos específicos-), tanto más que el acuerdo del pleno jurisdiccional de la judicatura superior realizado en Arequipa se concreta al decantamiento en pro de una opción preferencial por lo oral, mas no una eliminación de los marcos legales de los escrito.

3.12 Por ende, las resoluciones emitidas en las incidencias (los autos), han de estar íntegramente documentadas por escrito, con excepción de los casos que refiere el numeral décimo del Acuerdo Plenario número seis guión dos mil once

diagonal "CJ" guión ciento dieciséis de seis de diciembre de dos mil once con la precisión hecha en el numeral décimo tercero de dicho Acuerdo, sin perjuicio de la oralización de la decisión, como ya se ha establecido en el pronunciamiento casacional número sesenta y uno guión das mil nueve. Ya referido[180].

[180] El ponente estima que todas las resoluciones trascendentes deben escribirse o transcribirse para el control por los usuarios directos y los interesados indirectos de modo mediato o con posterioridad por seguridad jurídica.

240

§240. Inconcurrencia del imputado a sesión de lectura de sentencia y continuidad del Juicio Oral

Recurso de nulidad	4040-2011-LIMA
Fecha	29 de noviembre del 2012
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Neyra Flores, Tello Gilardi y Santa María Morillo.
Disposiciones Estudiadas	Art. 396° del NCPP.

RESUMEN:

La audiencia de lectura de las cuestiones de hecho y de sentencia representa un acto de notificación de la decisión adoptada, de manera tal que ***no requerirá la presencia del acusado si es que éste ha cumplido con asistir a todas las audiencias del contradictorio****, ejerciendo su derecho de defensa. Con esta interpretación no se viola en absoluto el respeto a los derechos y garantías constitucionales del acusado, pues la actuación probatoria ya fue realizada en igualdad de armas, con presencia del acusado y su abogado defensor. En este sentido,* ***no podrá quebrarse el juicio oral por inconcurrencia del acusado a la audiencia de lectura de sentencia.***

FUNDAMENTOS:

"**CUARTO:** Que, sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, debe dejarse establecido que si bien el Colegiado Superior sancionó la inconcurrencia del procesado Contreras Baldeón a la sesión de audiencia en la que se iban a leer las cuestiones de hecho y la sentencia recaída en el proceso que se le siguió, y que ello acarreó que se declarara quebrado el juicio oral, sin embargo, cabe indicar que dicho procedimiento resulta totalmente perjudicial para el proceso mismo –con la declaración de quiebre que retrotraerá todo a un estadio inicial

del acto oral-, y lo convierte en ineficiente, pues debe tenerse en cuenta que si un procesado ha cumplido con asistir a todas las audiencias del contradictorio, ha ejercido cabalmente su derecho de defensa, con interrogatorios y pruebas, y su abogado ha efectuado sus alegatos finales e incluso el mismo procesado ha realizado su autodefensa, entonces, la audiencia final en la que se cumplirá con la lectura de las cuestiones de hecho y la sentencia, representa simplemente un acto de notificación de la decisión adoptada, lo que se puede hacer en presencia o no del acusado, pues la situación no afecta en modo alguno el derecho de defensa del procesado, quien siguiendo los lineamientos descritos –de presencia en las sesiones anteriores y presentación de sus argumentos ya sea por el mismo o su abogado defensor- ha preservado –y así lo tiene que asegurar el Órgano Jurisdiccional- el respecto a sus derechos y garantías constitucionales –de debido proceso y de defensa: en tal sentido, la lectura de la sentencia solo constituye un acto formal de comunicación de la decisión, no afectando las garantías que rigen el contradictorio, pues ya precluyó la actuación probatoria y esta se realizó en igualdad de armas y con presencia del acusado y su abogado defensor, siendo ello así, entonces no existía en el presente caso motivo alguno que conllevara a la declaración del quiebre del juicio oral, sino que pudo proseguirse con el acto oral en el estado que se encontraba –así incluso lo habilitó el Código Procesal Penal de dos mil cuatro, cuando en su artículo trescientos noventa y seis señala "...que la sentencia será leída ante quienes comparezcan (ello obviamente en tanto en cuanto se hayan garantizado los derechos de los justiciables en el desarrollo del proceso penal)-: tanto más si –por las consideraciones expuestas- no se trata de una condena en ausencia o contumacia, ello pues el procesado tuvo garantizado todos sus derechos fundamentales, que los ejerció conjuntamente con su abogado en la fase de juzgamiento correspondiente; en consecuencia, en lo sucesivo las consideraciones expuestas por este Supremo Tribunal deberán ser tomadas en cuenta por las Salas Penales de las Cortes Superiores de Justicia de nuestro país como Precedente Vinculante normativo, conforme al artículo trescientos uno-A del Código de Procedimientos Penales". (Sic.)

241

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

Recurso de Nulidad	1450-2005-LIMA
Fecha	31 de agosto de 2005
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República
Ponente	González Campos, San Martín Castro y Lecaros Cornejo.
Jueces Supremos	Sivina Hurtado, San Martín Castro Molina Ordóñez, Lecaros Cornejo y Palacios Villar.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 285º-A del ACPP., y 4º del Decreto Ley 25475.

RESUMEN:

El delito de colaboración genérica consiste en el favorecimiento al conjunto de las actividades o la consecución de los fines de una organización terrorista. En el presente caso, si bien el conjunto de hechos objeto de imputación se tipificaron en un supuesto específico de colaboración terrorista en las que no encuadran, es cierto que podrían importar supuestos de colaboración terrorista genérica, por lo que ***se considera adecuado que, en virtud a la desvinculación de la acusación, se haga uso de la facultad que se le confiere al juzgador en el apartado dos del art. 285º-A del Código de Procedimientos Penales.***

FUNDAMENTOS:

"Que es de precisar que el tipo penal previsto en el artículo cuatro del Decreto Ley veinte y cinco mil cuatrocientos setenta y cinco, castiga supuestos de colaboración genéricas –más allá que, luego del primer párrafo, la norma penal identifique concretos supuestos de colaboración-, que favorecen el conjunto de las actividades o la consecución de los fines de una organización terrorista –como Sendero Luminoso-, en cuya virtud los agentes delictivos voluntariamente y a sabiendas de su finalidad ponen a disposición de la organización y de sus

miembros determinadas informaciones, medios económicos o de transporte, infraestructura, servicios o depósitos de cualquier tipo, que la organización obtendrá más difícilmente –o, en determinados casos, les sería imposible obtener- sin dicha ayuda externa –el tipo subjetivo, el dolo en este delito, implica tener conciencia del favorecimiento y de la finalidad perseguida por el mismo-.

Que en estos aportes externos, al margen de la adhesión ideológica a la organización terrorista no exigidos por el tipo penal, radica la esencia de este delito, cuyo primer párrafo castiga, alternativamente, tanto al que de manera voluntaria obtiene, recaba, reúne o facilita cualquier tipo de bienes o medios, cuanto al que realiza actos de colaboración –identificados en el párrafo siguiente-, en la medida en que –de cualquier modo- favorezcan la comisión de delitos de terrorismo o la realización de los fines de la organización terrorista.

Que si bien es cierto el conjunto de hechos objeto de imputación se tipificaron en un supuesto específico, incorporado en el literal b) del artículo cuatro del Decreto Ley número veinte y cinco mil cuatrocientos setenta y cinco, que sólo recoge los actos de cesión o utilización de alojamiento de elementos terroristas y los de depósito de bienes a favor de la organización terrorista, el mismo que no se encuadra en la conducta que se imputa a alguno de ellos, aunque podrían importar supuestos de colaboración terrorista genérica previstas en el primer extremo del párrafo inicial del artículo cuatro antes citado o, en todo caso, en función a la prueba actuada, delito de asociación terrorista –que sería de rigor tener presente con arreglo a la jurisprudencia consolidada de esta Suprema Sala-, a cuyo efecto sería menester que en el momento procesal oportuno se haga uso de la facultad que el apartado dos del artículo doscientos ochenticinco - A del Código de procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo número novecientos cincuentinueve, confiere al juzgador." (Sic.)

242

§242. Conclusión anticipada del debate oral. Requisitos

Recurso de Nulidad	2206-2005-AYACUCHO
Fecha	12 de julio de 2005
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República
Ponente	González Campos, San Martín Castro y Lecaros Cornejo.
Jueces Supremos	Sivina Hurtado, San Martín Castro Molina Ordóñez, Lecaros Cornejo y Palacios Villar
Disposiciones Estudiadas	Arts. 136°, 281° y 301°-A del ACPP., y 5° de la Ley 28122.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	3°

RESUMEN:

Una vez declarada la conclusión anticipada del debate oral, se dictará sentencia en no más de 48 horas, bajo sanción de nulidad. En ello ***no es posible plantear y votar las cuestiones de hecho a que se refiere el artículo 281° del Código de Procedimientos Penales****, ya que esto presupone una audiencia presidida de la contradicción de cargos y de una actividad probatoria para verificarlas afirmaciones de las partes, que es lo que precisamente no existe en esta modalidad especial de finalización del procedimiento penal.*

FUNDAMENTOS:

"Que la Sentencia recurrida se ha emitido al amparo de lo dispuesto por el articulo cinco de la ley numero veintiocho mil ciento ventidos, que autoriza la ***conclusión anticipada del debate oral*** si el acusado, con la conformidad de su abogado defensor, acepta ser autor o participe del delito materia de la acusación y responsable de la reparación civil.

Que la regla segunda del citado artículo de la ley en referencia prescribe que en ese caso, una vez declarada la conclusión anticipada del debate

oral, se dictará sentencia en esa misma sesión o en la siguiente, que no podrá postergarse por rnás de cuarenta y ocho horas, bajo sanción de nulidad.

Que en estos casos, tal como ha procedido el Tribunal de Instancia, ***no cabe plantear y votar las cuestiones de hecho*** a que se refiere el artículo doscientos ochenta y uno del Código de Procedimientos Penales, no sólo porque la norma especial no lo estipula de modo expreso, sino también porque el citado artículo doscientos ochenta y uno de la Ley Procesal Penal presupone una audiencia precedida de la contradicción de cargos y de una actividad probataria realizada para verificar -rechazando o aceptando- las afirmaciones de las partes, que es precisamente lo que no existe en esta modalidad especial de finalización del procedimiento penal." (Sic.)

243

§243. Conclusión anticipada de la instrucción y del juicio oral. Interpretación de los artículos 1º-5º de la Ley Nº 28122

Recurso de Nulidad	1766-2004-CALLAO
Fecha	21 de setiembre de 2004
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República
Jueces Supremos	Barrientos Peña, San Martín Castro Molina Ordóñez, Lecaros Cornejo y Palacios Villar.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 1º al 5º de la Ley 28122.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	3º y 4º

RESUMEN:

La conclusión anticipada de la instrucción judicial y la conclusión anticipada del debate o del juicio oral se caracterizan por que ***ambas están vinculadas al principio de celeridad o aceleramiento de la justicia penal****. No obstante, se diferencian en que* ***en este último supuesto rige básicamente el principio del consenso****, dado que la decisión del imputado y su defensa es determinante para dar inicio al procedimiento de conclusión anticipada del debate o juicio oral;* ***lo que no es requisito cuando se trata de concluir anticipadamente la instrucción judicial****, que requiere cumplir -sin que la voluntad del imputado pueda impedirlo- determinados requisitos legalmente previstos y se circunscribe a determinados tipos penales y a procesos simples, siempre que se presenten puntuales supuestos procesales para ello, tales como flagrancia delictiva, investigación preliminar con la intervención del Fiscal con suficiencia probatoria y confesión sincera.*

FUNDAMENTOS:

"Que si bien la parte civil sólo tiene injerencia en el objeto civil del proceso, el Fiscal Supremo en lo Penal ha cuestionado la legalidad del procedimiento seguido por el Tribunal de Instancia para dictar la sentencia recurrida estimando la no aplicación de la Ley número veintiocho mil ciento veintidós, por lo que es del caso referirse a esa opinión anulatoria.

Que la citada Ley número veintiocho mil ciento veintidós, más allá de lo limitado y parcial de su denominación oficial, en puridad de verdad comprende dos institutos procesales penales: la conclusión anticipada de la instrucción judicial (artículos uno al cuatro) -a la que hace mención el título de la ley- y la conclusión anticipada del debate o del juicio oral (artículo cinco), que aún cuando vinculadas al principio de celeridad o aceleramiento de la justicia penal se diferencian en que en este último supuesto rige básicamente el principio del consenso, dado que la decisión del imputado y su defensa es determinante para dar inicio al procedimiento de conclusión anticipada del debate o juicio oral, lo que no es de recibo cuando se trata de concluir anticipadamente la instrucción judicial, que requiere cumplir -sin que la voluntad del imputado pueda impedirlo- determinados requisitos legalmente previstos.

Que la ***conclusión anticipada de la instrucción judicial*** se circunscribe a determinados tipos penales y a procesos simples, siempre que se presenten puntuales supuestos procesales, tales como flagrancia delictiva, investigación preliminar con la intervención del Fiscal con suficiencia probatoria y confesión sincera, lo que se explica porque causalmente se tiende a limitar los actos de investigación judicial y, por ello, podría afectar la incorporación de fuentes de prueba y elementos de convicción para que, en su día, se funde una acusación o se sostenga una defensa razonable.

Que, empero, en el caso de la ***conclusión anticipada del debate oral*** se privilegia la captación de los cargos por parte del imputado y su defensa -ella es la titular de esta institución-, cuya seguridad -de cara al principio de presunción de inocencia- parte de una instrucción cumplidamente actuada con sólidos elementos de convicción, y valorada, a los efectos de la pretensión acusadora, por el Fiscal Superior y luego, por la defensa, de suerte que el artículo cinco -precisamente por, tratarse de una institución procesal autónoma y distinta de la anterior- no impone límite alguno en, orden al delito objeto de acusación, o a la complejidad del proceso ni remite su aplicación a las exigencias de los artículos uno y dos; que, asimismo, es de aclarar que cuando el artículo cinco hace mención a la "confesión sincera", en rigor nos remite al numeral uno de dicha norma que

por tal expresión, a estos solos efectos – aunque dogmáticamente cuestionable-, entiende únicamente aceptar en ese trámite ser autor o partícipe del delito materia de la acusación y responsable de la reparación civil, de modo que en este caso tampoco cabe concordarlo necesariamente con el artículo ciento treinta y seis del Código de Procedimientos Penales o con el artículo uno, numeral tres, de la citada Ley.

CUARTO: Que, en el presente caso, luego de instalarse el juicio oral y fijar los términos del debate se preguntó al imputado y su defensa si el primero se consideraba ser autor del delito materia de la acusación fiscal, y responsable del pago de la reparación civil, quien al responder en sentido positivo con aceptación de su defensa y sin exigencia de actuación probatoria alguna, dio lugar a la sentencia recurrida.

Que es de acotar que el acto de disposición del imputado y su defensa (se circunscribe al reconocimiento de la responsabilidad penal y civil atribuida), no es un allanamiento a la pena pedida y a la reparación civil solicitada, por lo que -como postula la doctrina procesalista- el Tribunal está autorizado, al reconocerse los hechos acusados, a recorrer la pena en toda su extensión, desde la más alta prevista en el tipo penal hasta la mínima inferida, llegando incluso hasta la absolución si fuere el caso, esto es, si se toma en cuenta la fuente española, parcialmente acogida, cuando se advierta que el hecho es atípico o resulta manifiesta la concurrencia de cualquier circunstancia determinante de la exención de responsabilidad penal o de su preceptiva atenuación.

Que, como es de advertirse, se trata de una modalidad especial de sentencia, que puede denominarse ***"sentencia anticipada"***, ***producto de una confesión del acusado*** en los términos antes descritos; que esta confesión tiene como efecto procesal concluir el juicio oral, ***y no está circunscripta exclusivamente al pedido de pena y reparación civil del fiscal*** y, en su caso, de la parte civil, consecuentemente, el Tribunal retiene su potestad de fijarlas conforme a lo que corresponda y con arreglo a los principios de legalidad y proporcionalidad."

13. SENTENCIA PENAL

244

§244. Motivación escrita de resoluciones

Acuerdo Plenario	6-2011/CJ-116
Fecha	06 de diciembre del 2011
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Villa Stein, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Villa Bonilla, Calderón Castillo y Santa María Morillo.
Disposiciones estudiadas	Arts. 139° de la Const. ; 120°, 123° y 361° del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes.	6° al 13°

RESUMEN:

La motivación de las resoluciones es una exigencia constitucional específica reconocida por el artículo 139°.5 de la Constitución, y a la vez es un derecho que integra el contenido constitucionalmente garantizado de la garantía procesal de tutela jurisdiccional, que impone al juez la ***obligación de que las decisiones que emita han de ser fundadas en derecho y debidamente razonada tanto en lo que corresponde en la apreciación (interpretación y valoración) de los medios de investigación o de prueba, como en la interpretación y aplicación del derecho objetivo.***

Por excelencia la motivación se manifiesta de forma escrita. Sin embargo, ***las resoluciones orales en modo alguno afectan las finalidades que cumple la motivación****, puesto que también se encuentran debidamente reguladas. A pesar de ser orales permiten a la perfección controlar la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública, cumpliendo así con el requisito de publicidad; hacer patente el*

sometimiento del juez al imperio de la ley; lograr el convencimiento de las partes sobre la justicia y corrección de la decisión judicial; así como garantizar la posibilidad de control de la resolución judicial por los Tribunales Superiores.

En tanto la resolución oral se documenta en el acta y, adicionalmente, la audiencia en la que se profiere sea objeto de una grabación por medio de audio o de video, su reconocimiento no importa vulneración constitución alguna.

FUNDAMENTOS:

"**Aspectos generales:**

6°. La Constitución Política del Perú, en su artículo 139°, que en pureza recoge las principales garantías–derechos fundamentales de carácter procesal y los principios del proceso y del procedimiento, sólo menciona –en cuanto al ámbito objeto de análisis en esta sede: oralidad y motivación– dos disposiciones esenciales: **a)** la motivación escrita de las resoluciones judiciales (artículo 139°.5) –que es de incorporarla en la garantía genérica de tutela jurisdiccional–; y, **b)** el debido proceso (artículo 139°.3), al que es de rigor asociar como uno de sus derechos primordiales la publicidad de los procesos –sin perjuicio de otros derechos procesales claves, tales como la independencia judicial, la imparcialidad del juez, la pluralidad de la instancia, la prohibición de condena en ausencia–.

Cabe destacar que la Ley de Leyes no se refiere, expresamente, a la oralidad como principio procesal de relevancia constitucional. Sin embargo, es posible derivarla, para determinados momentos y actos procesales, de los principios procedimentales de publicidad, inmediación y concentración, siendo en buena cuenta la oralidad y la publicidad los principios rectores en este ámbito: de ambos derivan los anteriores [JUAN MONTERO AROCA: *Derecho Jurisdiccional I*. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2007, p. 382]. Empero, en estricto derecho y por lo anterior, la vulneración de la oralidad no constituye un vicio de inconstitucionalidad –como es el caso de la publicidad–, sino de mera legalidad ordinaria.

El desarrollo de las normas constitucionales antes citadas, en tanto cabe enfatizar que el proceso es una institución de configuración legal, se encuentra plasmada en las leyes procesales: el Código Procesal Civil –que es la norma procesal común de todo el sistema procesal–; la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ–, que tiene muy diversas normas procesales y que informan, en segundo orden y frente al silencio de la

Ley procesal común y de las leyes procesales específicas, todo el proceso jurisdiccional; y, en lo que corresponde al ámbito penal, el Código Procesal Penal –en adelante, NCPP–. Este último Código, en su Título Preliminar, no sólo reconoce como derechos procesales el juicio previo y público –de directa relevancia constitucional (artículo 139°. 4 y 10); también establece que el enjuiciamiento ha de ser oral y contradictorio (artículo I.2).

7°. El artículo 123° NCPP clasifica las resoluciones judiciales según su objeto –entendido desde una perspectiva material– en: decretos, autos y sentencias. Los autos se dictan, siempre que lo disponga el citado Código, previa audiencia con intervención de las partes; las sentencias, por su lado, tienen un régimen propio fijado en los títulos correspondientes –todas, a excepción de la sentencia en el proceso por faltas que autoriza las denominadas sentencias *in voce* u orales, son escritas (vid.: artículos 394°–396°, 425°, 431°.4, 468°.5, 477°.4 y 484°.6 NCPP)–.

El conjunto de las resoluciones judiciales, salvo los decretos, deben contener la exposición de los hechos debatidos, el análisis de la prueba actuada, la determinación de la ley aplicable y lo que se decide, de modo claro y expreso. Por lo demás, sin perjuicio de las disposiciones especiales y de las normas estipuladas en la LOPJ, las resoluciones serán firmadas por los jueces respectivos (artículo 125°1 NCPP).

El régimen de la oralidad del procedimiento principal: la etapa de enjuiciamiento o del juicio oral, está desarrollado en el artículo 361° NCPP. El apartado 4) prevé claramente que en el curso del juicio las resoluciones serán dictadas y fundamentadas verbalmente, cuyo registro debe constar en el acta. Ahora bien, las referidas resoluciones orales o verbales, que se expiden en el curso de la audiencia y se centran, según los casos, en los decretos y los autos deben documentarse en el acta –salvo excepciones, tal como el auto que da por retirada al acusación fiscal y dispone el sobreseimiento definitivo de la causa (artículo 387.4.b), que por su propia naturaleza al disponer la conclusión del juicio exige su estructuración escrita–. Sin perjuicio de la existencia del acta –escrita, por su propia naturaleza, y que recoge una síntesis de lo actuado en la sesión del juicio (artículo 361°.1 NCPP)–, se autoriza que la audiencia también pueda registrarse mediante un medio técnico (grabación, que puede ser por audio o video) –la primacía del acta como documento siempre presente en el juicio es, pues, inobjetable–. En tales casos, el acta y, adicionalmente, la grabación demostrarán el modo como se desarrolló el juicio, la observancia de las formalidades previstas para él, las personas que han intervenido y los actos que se llevaron a cabo.

8°. Si se atiende a la clásica distinción entre proceso y procedimiento, esto es, entre el objeto de las actuaciones procesales y las actuaciones propiamente dichas o conjunto de actos procesales que, tanto el juez como las partes han de realizar, se tiene que distinguir entre (1) principios del proceso –que determinan el régimen de entrada de la pretensión y de su resistencia, oposición o defensa en el procedimiento, así como los poderes de las partes en la conformación del objeto procesal y los del juez en su enjuiciamiento– y (2) principios del procedimiento –que encausan el régimen de actuación formal de dicha pretensión hasta que pueda obtener satisfacción por el órgano judicial en forma de sentencia– [VICENTE GIMENO SENDRA: *Introducción al Derecho Procesal.* Editorial Constitución y Leyes, Madrid, 2007, p. 41].

El principio de oralidad está referido, primordialmente, a la forma de los actos procesales. Éstos han de ser realizados verbalmente –predominio de lo hablado sobre lo escrito–. Además, vista su importancia y si se insta su incorporación cardinal en las actuaciones procesales –como lo hace razonable, que no radicalmente, el NCPP–, se erige en un modo de hacer el proceso, pues facilita la aplicación de los principios de investigación, inmediación, concentración y publicidad, aunque, como es obvio –situación que no puede desconocerse en modo alguno–, no condiciona la estructura del proceso, la formación del material fáctico y la valoración de la prueba.

Lo decisivo para la configuración institucional del principio de oralidad es el modelo de audiencias orales, que es la sede procesal donde tiene lugar este principio, escenario insustituible de su concreción procesal. En éstas el juez se pone en relación directa con las pruebas personales y con las partes –lo determinante en este principio, es pues, su fase probatoria–, sin perjuicio de que la audiencia haya sido preparada por una serie de actos escritos, en los cuales incluso puede haberse interpuesto la pretensión y opuesto la resistencia [MONTERO AROCA: Ibidem, p. 385], según se advierte de los artículos 349° y 350°.1 NCPP.

Oralidad y resoluciones orales o verbales:

9°. Sin perjuicio del procedimiento principal o etapa de enjuiciamiento, que tiene reglas específicas a las que es del caso atenerse, en los diversos procedimientos que instaura el NCPP tiene lugar la expedición, indistinta, de resoluciones orales tras las correspondientes audiencias preliminares ordenadas por la ley procesal.

Así se tiene que, por ejemplo, en cuatro supuestos la resolución –en los procedimientos de investigación preparatoria– debe expedirse en forma inmediata, antes de la clausura de la audiencia (artículos 71°.4, 266°.2, 271°.1 y 2, y 343°.2 NCPP). En otros casos –en cincuenta y cinco supuestos aproximadamente–, autoriza al juez a dictar la resolución inmediatamente, de suerte que la resolución será oral, o dentro un plazo determinado (2 o 3 días), generalmente impropio (artículos 2°.5, 2°.7, 8°, 15°.2.c), 34°.2, 74°.2, 75°.2, 76°.1, 91°.2, 102°.1y2, 203°.2, 203°.3, 204°.2, 224°.2, 224°.3, 225°.5, 228°.2, 229°, 231°.4, 234°.2, 245°, 254°.1, 274°.2, 276°, 279°.2, 283°, 293°.2, 294°.1, 296°.1, 296°.2, 296°.4, 299°.2, 301°, 305°.2, 319°.c), 334°.2, 352°.1, 450°.6, 451°.1, 453°.2, 478°.1 y 3, 480°.1, 480°.2.b), 480°.3.b), 484°.1, 3 y 6, 486°.2, 491°.2, 491°.3, 491°.4, 491°.5, 492°.2, 521°.3, 523°.6, 544°.3, 557°.4 NCPP: "...*de forma inmediata o dentro de* [...] *días después de realizada la audiencia*). También, el NCPP determina que la resolución necesariamente ha de dictarse después de la audiencia, lo que exige su expedición escrita en ocho supuestos aproximadamente –se utiliza la fórmula: *hasta dentro de* [...] *horas o días después de realizada la audiencia* (artículos 45.2°, 468°.1 y 5, 477°.3, 420°, 424°, 431°.2, 521°.4, 526°.2)–. Asimismo, en otros casos utiliza una expresión distinta –en ocho supuestos aproximadamente–: *la resolución se emitirá en el plazo de* [...] *días*: 255°.3, 345°.3, 493°.3, 539°.2, 543°.1, 544°.3, 563°.2, 557°.5 NCPP, de la que desprende su forma escrita.

Más allá de las diversas expresiones lingüísticas utilizadas por el NCPP las resoluciones orales están, pues, reconocidas legalmente. En varias situaciones procesales es obligatoria una resolución oral, mientras que en otras, pese a la existencia de una audiencia previa, la expedición de una resolución escrita es obligatoria. Fuera de estos casos, es de adoptar una regla o criterio rector que permita decidir si la resolución será oral o escrita. El punto se aclara, sin duda, desde la vigencia de otros principios consustanciales a la audiencia misma, en especial el de concentración, puesto que exige que los actos procesales se realicen en una ocasión [VÍCTOR MORENO CATENA y VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ: *Derecho Procesal Penal.* 3ª Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Madrid, 2008, p. 231] y en el que se privilegia la memoria como elemento clave para una correcta decisión. Si las audiencias se llevan a cabo bajo una lógica de concentración y, además, de continuidad –en las denominadas "audiencias preliminares", fuera de la audiencia principal o

de enjuiciamiento, por su propia naturaleza, no se permite su suspensión, aunque es obvio que es posible admitir excepciones fundadas en una causa objetiva y razonable–, es inevitable concluir que la resolución será oral si se dicta antes de finalizar la audiencia. Ésta no puede suspenderse para otro día con el sólo propósito de dictar una resolución oral o de realizar un acto procesal intrascendente que muy bien pudo hacerse en el curso de la audiencia; un pronunciamiento diferido exige, entonces, una resolución escrita.

10°. Un punto distinto, aunque vinculado, es el referido a la documentación de la resolución oral, de suerte que sea posible garantizar tanto la seguridad jurídica y la inalterabilidad de la misma, como su revisión en sede de impugnación respecto del cumplimiento de sus presupuestos materiales y formales.

La respuesta, sin duda, desde una perspectiva sistemática, se encuentra en la correcta interpretación de los artículos 120° y 361° NCPP. Los autos, atento a sus exigencias formales, requieren de una documentación –no sucinta– sino integral, y ésta se concreta en el acta. La reproducción audiovisual está referida a las actuaciones procesales, a las diligencias que se realizan en la audiencia. La resolución judicial es un acto procesal sujeto a sus propias regulaciones.

Si se admite, desde la perspectiva del NCCP –principio de legalidad procesal– la primacía del acta (parágrafo 8°) frente a la reproducción audiovisual o al medio técnico o grabación respectiva, es ineludible como pauta general que la resolución oral debe constar en el acta y transcribirse de modo integral. No obstante ello, es evidente asimismo, si se asume criterios razonables de economía y celeridad procesal, que si el auto jurisdiccional no es impugnado, no será necesario que se transcriba integralmente –basta que conste su sentido y, desde luego, lo que decida o resuelva con absoluta claridad–. La reproducción integral de la resolución oral, por consiguiente, sólo será necesaria cuando ésta es recurrida en el modo y forma de ley y sea patente su admisión. Se trata de suprimir tareas inútiles y de la reducción de todo esfuerzo (cualquiera sea su índole) que no guarda adecuada correlación con la necesidad que se pretende satisfacer; y de que el proceso se tramite y logre su objeto en el menor tiempo posible [ADOLFO ALVARADO VELLOSO: *Introducción al Estudio del Derecho Procesal. Primera Parte.* Editorial Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 1998, p. 265].

Motivación de las resoluciones:

11°. La motivación de las resoluciones es una exigencia constitucional específica reconocida por el artículo 139°.5 de la Ley Fundamental, y a la vez es un derecho que integra el contenido constitucionalmente garantizado de la garantía procesal de tutela jurisdiccional, que impone al juez la obligación de que las decisiones que emita han de ser fundadas en derecho. Las resoluciones judiciales deben ser razonadas y razonables en dos grandes ámbitos: **1)** En la apreciación –interpretación y valoración– de los medios de investigación o de prueba, según el caso –se ha de precisar el proceso de convicción judicial en el ámbito fáctico–. **2)** En la interpretación y aplicación del derecho objetivo. En este último ámbito, si se trata de una sentencia penal condenatoria –las absolutorias requieren de un menor grado de intensidad–, requerirá de la fundamentación (*i*) de la subsunción de los hechos declarados probados en el tipo legal procedente, con análisis de los elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo, además de las circunstancias modificativas; y (*ii*) de las consecuencias penales y civiles derivadas, por tanto, de la individualización de la sanción penal, responsabilidades civiles, costas procesales y de las consecuencias accesorias.

La motivación, por cierto, puede ser escueta, concisa e incluso –en determinados ámbitos– por remisión. La suficiencia de la misma –analizada desde el caso concreto, no apriorísticamente– requerirá que el razonamiento que contenga, constituya lógica y jurídicamente, suficiente explicación que permita conocer, aún de manera implícita, los criterios fácticos y jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión. Basta, entonces, que el órgano jurisdiccional exteriorice su proceso valorativo en términos que permitan conocer las líneas generales que fundamentan su decisión. La extensión de la motivación, en todo caso, está condicionada a la mayor o menor complejidad de las cuestiones objeto de resolución, esto es, a su trascendencia. No hace falta que el órgano jurisdiccional entre a examinar cada uno de los preceptos o razones jurídicas alegadas por la parte, sólo se requiere de una argumentación ajustada al tema en litigio, que proporcione una respuesta al objeto procesal trazado por las partes.

La jurisdicción ordinaria, en vía de impugnación, puede incluso integrar o corregir la falta de motivación de la sentencia recurrida en tanto se trata de un defecto estructural de la propia decisión impugnada, siempre que aun

faltando expresa nominación de la razón, la sentencia contenga, en sus hechos y en sus fundamentos jurídicos, todas las circunstancia acaecidas.

Es palmario, por lo demás, que la nulidad procesal requiere como elemento consustancial que el defecto de motivación genere una indefensión efectiva –no ha tratarse de una mera infracción de las normas y garantías procesales–. Ésta únicamente tendrá virtualidad cuando la vulneración cuestionada lleve aparejada consecuencias prácticas, consistentes en la privación de la garantía de defensa procesal y en un perjuicio real y efectivo de los intereses afectados por ella, lo que ha de apreciarse en función de las circunstancias de cada caso (principio de excepcionalidad de las nulidades de decisiones de mérito en concordancia con el principio de conservación de los actos procesales –artículos 152° y siguientes del NCPP–).

Por otro lado, los errores –básicamente jurídicos– en la motivación, son irrelevantes desde la garantía a la tutela jurisdiccional; sólo tendrán trascendencia cuando sean determinantes de la decisión, es decir, cuando constituyan el soporte único o básico de la resolución, de modo que, constatada su existencia, la fundamentación pierda el sentido y alcance que la justificaba y no puede conocerse cuál hubiese sido el sentido de la resolución de no haber incurrido en el mismo.

12°. En función a lo anterior, es evidente que, la motivación, desde la perspectiva del deber de exhaustividad –decisión razonada del derecho vigente con relación a la pretensión esgrimida, de todos los puntos litigiosos, y en función de los hechos probados en el proceso–, tendrá lugar cuando la resolución judicial: **1.** Carece llanamente de motivación, es decir, omite pronunciarse sobre las pretensiones y resistencias relevantes formuladas por las partes e impide conocer el desarrollo del juicio mental realizado por el juez y cuya conclusión es el fallo que pronuncia. **2.** Es notoriamente insuficiente, vale decir, no se apoya en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que la fundamentan, cuya apreciación está en función al caso concreto. **3.** Es arbitraria por ilógica, incoherente, incomprensible o contradictoria (supuestos de motivación aparente) –desconexión entre motivación y decisión, o ausencia de coherencia interna de la resolución–.

En vía de impugnación, la sentencia de vista o la de casación exige una contestación individualizada a la motivación del recurso o a la pretensión impugnativa, aunque la motivación por remisión o implícita es tolerable en la media en que la parte de la decisión objeto de remisión esté

razonablemente fundamentada –criterio establecido en la Casación N° 05-2007/Huaura–.

13°. El artículo 139°.5 de la Constitución expresamente menciona que la motivación de las resoluciones se expresa a través de su forma escrita. Empero, la interpretación de esta norma constitucional no puede ser meramente literal, pues de ser así se opondría al principio de oralidad y a la lógica de un enjuiciamiento que hace de las audiencias el eje central de su desarrollo y expresión procesal.

En la medida en que se permita conocer el cumplimiento de los presupuestos materiales y formales de una resolución jurisdiccional, que se impida la manipulación de las decisiones judiciales y que se garantice un mecanismo idóneo y razonable de documentación, las resoluciones orales en modo alguno afectan las finalidades que cumple la motivación: **1.** Controlar la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública, cumpliendo así con el requisito de publicidad. **2.** Hacer patente el sometimiento del juez al imperio de la ley. **3.** Lograr el convencimiento de las partes sobre la justicia y corrección de la decisión judicial, eliminando la sensación de arbitrariedad y estableciendo su razonabilidad, al conocer el por qué concreto de su contenido. **4.** Garantizar la posibilidad de control de la resolución judicial por los Tribunales Superiores que conozcan de los correspondientes recursos [JOAN PICÓ I JUNOY: *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. Editorial Bosh, Barcelona, 1997, p. 64].

En tanto la resolución oral –con las particularidades antes citadas– se documenta en el acta y, adicionalmente, la audiencia en la que se profiere es objeto de una grabación por medio de audio o de video, su reconocimiento no importa vulneración constitución alguna." (Sic.)

245

§245. Vulneración del debido proceso por manifiestos defectos en la motivación externa

Casación	618-2015-CUSCO
Fecha	19 de mayo de 2017
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Figueroa Navarro.
Jueces Supremos	Pariona Pastrana, Neyra Flores, Calderón Castillo, Sequeiros Vargas, Figueroa Navarro.
Disposiciones estudiadas	art. 429 del CPP

RESUMEN:

La valoración de elementos de prueba no ofrecidos y por tanto no admitidos implica una efectiva afectación al Debido Proceso y a la Debida motivación en su vertiente de falta de justificación externa. El no ofrecimiento de un elemento de prueba por parte del Ministerio Público únicamente puede ser entendido en sede suprema como inutilidad en su capacidad probatoria y no como una mera equivocación del órgano fiscal.

FUNDAMENTOS:

VI. Consideraciones Preliminares

DÉCIMO CUARTO.- La garantía de la presunción de inocencia, como regla de juicio, implica que la resolución que impone una sanción penal debe contener prueba completa de la responsabilidad del acusado. La atribución de responsabilidad penal requiere, mínimamente, la sustentación de la ocurrencia de los hechos materia de juzgamiento y de su vinculación con los imputados. Ello debe verse necesariamente expresado en la motivación de la sentencia.

DÉCIMO QUINTO.- La debida motivación de una sentencia exige que exista; a) Fundamentación jurídica, esto es, la valoración pertinente y completa de las cuestiones de Derecho aplicables al caso. No es suficiente la sola mención de las normas a aplicar al caso, sino la explicación y justificación de por qué tal caso se encuentra dentro de los supuestos que contemplan tales normas; b) Congruencia entre lo pedido y lo resuelto y que implica la expresión de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes; y, c) Suficiencia, vale decir que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada aun si esta es breve o concisa o se presenta el supuesto de motivación por remisión.

DÉCIMO SEXTO.- Empero, no todo defecto de motivación implica automáticamente una afectación a la garantía constitucional de la debida motivación, así el Tribunal Constitucional ha delimitado los supuestos que implican su efectiva afectación[2], quedando delimitado en los siguientes supuestos:

a. Inexistencia de motivación o motivación aparente,

b. Falta de motivación interna del razonamiento, que se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo consistente, las razones en las que se aporta la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el juez o tribunal, ya sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.

c. Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas; que se presenta cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez táctica o jurídica.

d. La motivación insuficiente, referida básicamente al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada.

e. La motivación sustancialmente incongruente. El Derecho a la judicial efectiva y, en concreto, el Derecho a la debida motivación de las sentencias, obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones

de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control en sede constitucional. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituyes vulneración del Derecho a la tutela judicial y también del Derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva).

DÉCIMO SÉTIMO.- Finalmente, tanto la ocurrencia del hecho incriminado como la vinculación de los imputados debe encontrarse debidamente motivada independientemente, es decir, la ocurrencia del hecho incriminado deberá contar con fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y expresar suficientes justificación de la razón adoptada, así también, al sustentar la vinculación del imputado se deberá observar dicha estructura. De igual manera, tanto en la motivación del hecho incriminado como en su vinculación con el imputado se deberá evitar los supuestos de efectiva afectación a la debida motivación, conforme se precisó en el fundamento décimo quinto.

PRONUNCIAMIENTO CASATORIO.-

A. De los defectos de motivación alegado por la parte recurrente

DÉCIMO OCTAVO.- El recurrente Guido Esquivel Quispe, en su recurso de casación a fojas 374 del cuaderno de debate, cuestiona directamente la motivación respecto a la imputación específica que recae en su contra, alega al respecto que:

i) No se realiza correcta motivación respecto a los hechos que se le imputan, únicamente de manera genérica se señala que ha amenazado con un desarmador a los agraviados, no se estudió detalladamente los hechos y su vinculación con los acusados;

ii) Se debió explicar de qué manera el accionar que se le atribuye resultó determinante para que se perpetre el robo que se le imputa, pues para ser autor o cómplice primario se debe tener dominio, haber actuado con acuerdo previo y ver si existió o no subordinación, lo cual debe ser materia de prueba;

iii) Este cuestionamiento fue realizado al momento de interponer su recurso de apelación pero la Sala Superior omitió pronunciarse al respecto.

iv) Debe subsanarse dicho error y realizar un correcto análisis de los motivos por los cuales fue considerado un coautor del delito imputado.

Los agravios alegados se encuadran en dos posibles defectos de motivación: **i)** Motivación insuficiente, al no haberse sustentado los motivos que acreditan la participación a título de coautor; y, **ii)** Motivación incongruente, al no haber dado respuesta a este agravio a pesar de haber sido invocado en su recurso de apelación.

DÉCIMO NOVENO.- Conforme se precisó en el fundamento jurídico décimo tercero, de modo resumido, se extrae de la conducta genérica imputada, que el encausado Guido Esquivel Quispe participó, junto a otras siete personas, en la sustracción de los bienes pertenecientes a Fabricio Soncoo Figueroa, Kevin Ernesto Soncco Gamarra y Favio Paul Samanez Serrano, la conducta especifica imputada es haber portado un desarmador y con ello amedrentar a los agraviados mientras los demás intervinientes despojaban a los agraviados de sus pertenencias.

VIGÉSIMO.- La Sala Superior, al responder a este cuestionamiento, en el apartado octavo, del fundamento jurídico segundo, de la sentencia de vista, precisó que:

> (...) en la venida en grado aparece haberse considerado a los tres imputados en el presente como coautores, en el entendido que han procedido con una decisión común para tomar parte en la ejecución de la conducta delictiva, obrando además con dominio funcional, lo que se especifica en la declaración de los agraviados, precisando al respecto Kevin Soncco Gamarra que [eran ocho personas, entre esas personas estaban las tres personas – imputadas – en el que Jhonatan me amenazó para quitarme el celular pero antes una persona de casaca azul ya me había quitado el celular y empezó a amenazar con su destornillador porque creía que no quería darle, pero Ronald y Guido estaban en el grupo para asustarnos y eran hartos]; consecuentemente, cada uno de los imputados ha tenido dominio funcional de los hechos con una evidente unidad de decisión delictiva."

De lo transcrito se advierte que la posible afectación a la debida motivación en su vertiente de motivación incongruente, no tiene la Sala Superior respondió en la sentencia de vista a los cuestionamientos esbozados por el recurrente.

VIGÉSIMO PRIMERO.- En cuanto a la alegada afectación a la debida motivación en su vertiente de motivación insuficiente, al no haberse sustentado los elementos que constituyen la institución jurídica de la coautoría, conforme lo transcrito en el párrafo anterior, la Sala Superior consideró que no era relevante dicho cuestionamiento pues de la propia imputación se infiere la existencia de dominio funcional y una evidente unidad de decisión delictiva. Empero, también es cierto que no se emplea un apartado específico para motivar dicho extremo de la imputación, pues la explicación dada por la Sala Superior es de carácter genérico, pues no establece una vinculación entre los fundamentos de hecho (conducta específica) y los fundamentos de derecho en cuanto a la figura de la coautoría.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- Conforme lo visto se advierte una deficiencia de motivación en la sentencia de vista, empero, de conformidad con el artículo 432, inciso 3 del Código Procesal Penal, los errores jurídicos de la sentencia recurrida que no influyeren en su parte dispositiva no causan nulidad y corresponde a esta Sala Suprema corregirlos en la Casatoria.

VIGÉSIMO TERCERO.- La coautoría, para su configuración como categoría específica de intervención delictiva exige la acreditación de ciertas características, el dominio funcional compartido, conforme la jurisprudencia emitida en esta Suprema Instancia se acredita con: i) La decisión común; ii) Un aporte esencial; y, iii) Tomar parte de la fase de ejecución del acto delictivo.

VIGÉSIMO CUARTO.- La decisión común, al tratarse de un aspecto volitivo, es susceptible de deducción antes que de prueba, de la conducta imputada a Guido Esquivel es evidente que la conducta, en los términos imputados está orientada por una intención común de lograr la apropiación de los bienes de los agraviados. En cuanto al aporte esencial, este sé considera como tal no solo cuando sea condicionante para la consecución del hecho sino también cuando materialmente resultó necesario para la consecución del mismo. La esencialidad del aporte debe ser determinado ex ante y no ex post, es decir, un aporte resulta esencial cuando es importante para la consecución del hecho delictivo aunque posteriormente se determine que no era necesario. Finalmente, respecto del momento de su participación, al desempeñar el elemento típico de amenaza (utilizando para ello un desarmador) en contra de los agraviados es indiscutible que su aporte se dio en la fase ejecutiva del delito.

VIGÉSIMO QUINTO.- En conclusión, de un análisis entre la conducta específicamente imputada al recurrente – conforme se precisó en el fundamento jurídico décimo noveno – y las características necesarias para la atribución de participación a título de coautor existe una correspondencia de carácter lógico, que si bien fue deficientemente motivada por la Sala Superior, no afecta el sentido final de la Sentencia, por tanto, no corresponde declarar, en este extremo, la nulidad de la sentencia de vista.

B. Defectos de motivación advertidos de oficio por esta Suprema Sala

VIGÉSIMO SEXTO.- Conforme lo establece el artículo 432, inciso 1, del Código Procesal Penal, esta Suprema Corte es competente para pronunciarse no solo de los extremos cuestionados por el recurrente, si no también es competente para pronunciarse respecto de cuestiones que sean declarables de oficio en cualquier instancia del proceso. Interpretado en concordancia con el apartado d, del artículo 150, del Código Procesal Penal, los supuestos de nulidad absoluta, relativos a la inobservancia del contenido esencial de los Derechos y garantías previstos por la Constitución, no será necesaria la solicitud de nulidad de algún sujeto procesal y podrán ser declarados aun de oficio.

VIGÉSIMO SÉTIMO.- De una revisión de la motivación general realizada en la sentencia de vista, en el apartado décimo tercero, del fundamento jurídico segundo, se precisó que:

> "(...) Finalmente, en cuando a la nulidad de puro Derecho por no haberse confirmado las Actas de Incautación y Registro Personal de los imputados; de la revisión de los autos y tal como fluye del texto de la sentencia materia de grado, no aparece haberse actuado como prueba el acta de incautación ni el registro persona [resaltado nuestro], sin embargo, la información de la incautación y lo encontrado en el registro personal por los efectivos policiales en la comisaria, aparece que ha sido incorporado por las declaraciones de los agraviados (...)"

Expresamente la Sala Superior admite que no se actuaron como medios probatorios ciertos elementos de convicción recabados durante la etapa de investigación.

VIGÉSIMO OCTAVO.- Una revisión del requerimiento acusatorio -a fojas 02 del cuaderno de requerimiento de acusación- instituye que únicamente se ofrecieron para su actuación en audiencia pública de juicio oral, las declaraciones

testimoniales de los agraviados Fabricio Soncco Figueroa, Kevin Ernest Soncco Gamarra y Favio Paul Samanez; las declaraciones testimoniales de los efectivos policiales Federico Rodríguez Barazorda, Federico García Fernandez y Luis Armando Colquehuanca; las declaraciones de los peritos psicólogos Verónica Rozas Chamorro y Zoraida Calatayud Hermoza. Como pruebas documentales una declaración jurada y un acuerdo de prestación de servicios de comunicaciones para acreditar la preexistencia de los bienes sustraídos a los agraviados. Ello se condice con el Auto de Enjuiciamiento -a fojas 62 del cuaderno de requerimiento acusatorio- pues estos fueron los únicos medios probatorios propuestos y admitidos para su actuación en juicio oral.

VIGÉSIMO NOVENO.- Al inicio del juicio oral, conforme el acta de audiencia de juicio oral – a fojas 87 del cuaderno de debates – no se realizó ofrecimiento de nuevas pruebas. Durante el desarrollo del juicio oral se tiene que se actuaron: **i)** Las declaraciones testimoniales de los agraviados Kevin Ernest Soncco Gamarra y de Favio Paul Samanez -acta de juicio oral a fojas 104 del cuaderno de debates debido a la reiterada inconcurrencia del agraviado Fabricio Soncco Figueroa se procedió a la lectura de su declaración preliminar – acta de juicio oral a fojas 110 del cuaderno de debates; **ii)** Las declaraciones testimoniales de los efectivos policiales Federico Rodríguez Barazorda -acta de juicio oral a fojas 135 del cuaderno de debates Luis Armando Colquehuanca – acta de juicio oral a fojas 119 en cuanto a Federico Garcia Fernandez se prescindió de su declaración por su reiteradas inasistencia- acta de juicio oral a fojas 145 del cuaderno de debates-; **iii)** La declaración de la perito Zoraida Calatayud Hermoza -acta de juicio Oral a fojas 111 del cuaderno de debates- en cuanto a la declaración de la perito Verónica Rozas Chamorro se prescindió de ella por sus reiteradas inasistencias -acta de juicio oral a fojas 120 del cuaderno de debates-; y, **iv)** Finalmente se oralizó como documentales declaración jurada y un acuerdo de prestación de servicio de comunicaciones.

TRIGÉSIMO.- Conforme se precisó en el fundamento décimo sexto de la presente sentencia, un supuesto de efectiva afectación a la debida motivación es la deficiencia en la motivación externa. En el ámbito penal, esta se configura cuando las premisas de las que parte un juez para dar por acreditado un hecho delictivo no puede ser confrontado con elementos tácticos -por su inexistencia material-o elementos jurídicos -por su inexistencia en el ámbito jurídico.

TRIGÉSIMO PRIMERO.- En la sentencia de primera instancia, en su fundamento jurídico décimo sexto, consideró como hechos probados: i) Al inculpado Jhonatan Quise Farfan se le encontró en poder de un desarmador; ii)

Al inculpado Jhonatan Quispe Farfan se le halló en poder de varios celulares que no era de su propiedad; iii) Al imputado Ronald Mercado Tecsi se le encontró dos celulares.

Todos los hechos precisados en el apartado anterior, los cuales son asumidos por como hechos probado por el juzgador, tanto en primera como segunda instancia, en realidad son datos cuya corroboración no es posible pues no existen elementos jurídicos -medios de prueba- que hayan sido ofrecidos, admitidos y actuados válidamente en los cuales se puedan sustentar dichas afirmaciones. Ello implica una efectiva afectación a la garantía constitucional de la debida motivación, en su vertiente de justificación externa.

TRIGÉSIMO SEGUNDO.- A efectos de justificar esta afectación, el juzgado Penal, en el fundamento jurídico décimo sexto, afirma que el efectivo Policial Federico Rodríguez, tuvo a la vista el acta de registro personal, asumiendo con ello la actuación de dicho actos de investigación, mientras que la Sala Superior, en el apartado catorce, del fundamento jurídico segundo, de la Sentencia de vista, asevera que el acta de intervención policial y las actas de registro personal fueron incorporados mediante las declaraciones de los menores agraviados, Sin embargo, de una revisión de todas las actas de juicio oral, que constan en el expediente no se consigna, en las partes pertinentes las declaraciones testimoniales actuadas, que se haya dado lectura alguna de algún documento y tampoco consta en el expediente grabación de los audios de las audiencias de juicio oral que permita corroborar esta afirmación.

TRIGÉSIMO TERCERO.- Inclusive si se tomara como cierta dicha afirmación vertida en ambas instancias, ello implicaría que durante el juicio oral se introdujo un elemento de prueba que no fue propuesto ni admitido en las etapas procesales pertinentes, el cual llegó a formar parte de la valoración probatoria. Dicha situación se encuentra expresamente proscrita en el inciso 2, del artículo 383 del Código procesal Penal la que establece todo otro documento o acta que pretenda introducirse al juicio mediante su lectura no tendrá ningún valor. Desde esa perspectiva, el irregular proceder de primera instancia, reafirmado en segunda instancia, se constituye en una grave afectación a la garantía constitucional del debido proceso.

TRIGÉSIMO CUARTO.- Finalmente, los hechos imputados por el representante del Ministerio Público son principalmente, primero, los agraviados fueron interceptados por ocho personas; segundo, estas ocho personas-entre los cuales se entraban los encausados Ronald Mercado Tecsi, Jhonatan Fárfan y Guido Esquivel Quispe- los amenazaron y despojaron de ciertos bienes (celulares y saco

de vestir); tercero, para amenazar a los agraviados algunas de las ocho personas utilizaron desarmadores.

TRIGÉSIMO QUINTO.- Una debida motivación en la imposición de una sanción penal implica sustentar tanto la ocurrencia del hecho como su vinculación con los imputados. Realizando un análisis desde la perspectiva de la vinculación de los procesados con los hechos, basándose en las pruebas actuadas durante el juicio oral-conforme se precisó en el fundamento jurídico vigésimo noveno-, en puridad se cuenta con las declaraciones de dos de los agraviados, respecto de las cuales no se actuó ningún medio probatorio de carácter objetivo que permita sustentar la sindicación realizada por los agraviados. En consecuencia, el segundo y tercer hecho postulado por la fiscalía–en correspondencia a lo precisado en el apartado anterior- carece de sustento probatorio alguno.

Respecto de los demás medios probatorios actuados, las declaraciones de los efectivos policiales únicamente precisan hechos ocurridos después del delito de robo agravado, de igual manera, la perito psicólogo únicamente aportar información respecto a la situación emocional de los agraviados empero no aporta ningún dato extra entorno a la vinculación de los procesados con los hechos que se imputan y las documentales actuadas-declaración jurada y acuerdo de prestación de servicio de comunicaciones- únicamente acreditan la preexistencia de los bienes pertenecientes a los agraviados, ergo, ninguno de los demás medios probatorios actuados aportan datos objetivos que vinculen a los imputados con los hechos que la fiscalía postula.

TRIGÉSIMO SEXTO.- Tenemos por tanto que la efectiva afectación a la debida motivación y al debido proceso implicó una inobservancia de constitucionales, siendo un supuesto de nulidad absoluta –artículo 150 del Código Procesal Penal- el cual, al tratarse de una irregularidad que puede ser advertida de oficio, en una interpretación coherente con el artículo 432, inciso 1, del mismo cuerpo normativo, habilita la competencia de esta Suprema Sala.

TRIGÉSIMO SÉTIMO.- Considerando que corresponde al Ministerio Público, como titular de la acción penal, el deber de probar su imputación, tenemos que el no ofrecimiento de los elementos de prueba obtenidos durante la etapa de investigación -en el caso concreto actas de registro personal y actas de incautación- es su exclusiva responsabilidad, por tanto, no existe sustento para que los efectos de su omisión sean sufridos por los procesados, quienes afrontaron el proceso penal inclusive estando privados de su libertad, más aún cuando el propio representante del Ministerio Público, como titular de la acción penal, es quien debe, inicialmente, formarse convicción respecto de la responsabilidad penal, y

es el primer encargado de seleccionar los elementos probatorios pertinentes. Para generar la misma convicción en el Juez, su decisión de no ofrecer determinados medios de prueba no puede, por tanto, generar la presunción de un error de la parte acusatoria, por el contrario, genera certeza respecto de la inutilidad de dicho elemento de prueba para generar convicción en el juzgador. El mismo supuesto es aplicable a la parte Juzgadora quien, de conformidad con el artículo 385, inciso 2, del Código Procesal Penal, pudo incorporar de oficio nuevos medios probatorios, iniciativa que no fue adoptada.

TRIGÉSIMO OCTAVO.- Respecto de la situación jurídica de los encausados Ronald mercado Tecsi y Jhonatan Quispe Farfan si bien sus recursos fueron desestimados por su inasistencia a la audiencia de Casación, persistieron hasta esta etapa sus cuestionamientos en torno a la debida motivación de la sentencia de vista. En estricta aplicación del artículo 408, inciso 1, del Código Procesal Penal, el cual establece que cuando un procedimiento hay coimputados, la impugnación de uno de ellos favorecerá a los demás, siempre que los motivos en que se funde no sean exclusivamente personales, en consecuencia, los efectos derivados de los argumentos estructurados en los fundamentos jurídicos vigésimo sexto al trigésimo sétimo, al no fundarse en condiciones exclusivamente personales del encausado Guido Esquivel Quispe, son de aplicación extensiva a la condición jurídica de todos los encausados.

246

§246. Efectos de la cosa juzgada civil en el proceso penal

Casación	1027-2016 -ICA
Fecha	13 de febrero de 2017
Procedencia	Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	San Martin Castro.
Jueces Supremos	San Martin Castro, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Figueroa Navarro.
Disposiciones estudiadas	139,13 del Constitución Política.

RESUMEN:

La cosa juzgada civil en determinados casos, por expreso mandato legal del Código Penal no solo se refiere a las mismas partes de un eventual proceso penal, sino que se extiende, por excepción, erga omnes, a sujetos no litigantes, frente a la licitud de un hecho, relación o conducta declarada por la jurisdicción civil. Su imperatividad está en función al hecho objeto de decisión firme, por lo que si en esa sede se declara lícito es obvio que, bajo ninguna circunstancia, puede dar lugar a un proceso en sede penal, el cual exige un hecho penalmente relevante lo cual no ocurre si éste fue declarado lícito previamente.

FUNDAMENTOS:

PRIMERO. Que la institución de la cosa juzgada ha sido incorporada en la Constitución como una garantía específica integrada a la garantía genérica de tutela jurisdiccional y, en su consecuencia, del *ne bis in ídem* (no dos veces sobre lo mismo) —efecto o función negativa de la cosa juzgada—. El artículo 139, numeral 13, de la Constitución estipula, con carácter general, que está prohibido revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada.

La Constitución garantiza, de este modo, el respeto a la firmeza de las resoluciones firmes y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas —es uno de elementos que integra el contenido constitucionalmente garantizado de la tutela jurisdiccional (STCE 119/1988, de 20 de junio)—. Si la cosa juzgada fuese desconocida vendría a privarse de eficacia a lo que se decidió con firmeza al cabo del proceso y, además, se vulneraría la legalidad penal, integrada al debido proceso [GIMENO SENDRA. *Derecho Procesal Penal*, 2015, pp. 844-845].

Procesalmente la cosa juzgada se erige en un impedimento procesal, desde su efecto o función negativa: *ne bis in ídem* —respecto del efecto o función positiva, prejudicial, la cosa juzgada impide que se desconozca o contradiga las situaciones declaradas o reconocidas en resolución judicial firme—. Si está presente no tiene sentido un proceso con la meta de lograr una sentencia de mérito. El presupuesto procesal —versión positiva del impedimento procesal— importa una circunstancia o una condición de admisibilidad para alcanzar una sentencia material; no está comprendida en la cuestión de la culpabilidad y, por ende, pertenece al derecho procesal [VOLKS, KLAUS. *Curso fundamental de Derecho Procesal Penal,* 2016, pp. 208 y 2013].

SEGUNDO. Que el artículo 79 del Código Penal instituye uno de los supuestos de eficacia o función refleja de la cosa juzgada —desde luego, de la cosa juzgada civil al proceso penal—. Dispone la citada norma que: "*Se extingue la acción penal si de la sentencia ejecutoriada dictada en la jurisdicción civil, resulte que el hecho imputado como delito es lícito*". La cosa juzgada civil, en este caso, por expreso mandato legal —del Código Penal específicamente—, no solo se refiere a las mismas partes de un eventual proceso penal, sino que se extiende, por excepción, erga omnes, a sujetos no litigantes (extensión *ultra partes* de la cosa juzgada), frente a la licitud de un hecho, relación o conducta declarada por la jurisdicción civil. Su imperatividad —como nota esencial de la cosa juzgada, proyectada de un fallo civil al ámbito penal— está en función al hecho objeto de decisión firme, por lo que si en esa sede se declara lícito es obvio que, bajo ninguna circunstancia, puede dar lugar a un proceso en sede penal, que corno es patente exige, desde su objeto o límite objetivo, un hecho penalmente relevante, el cual si se declaró lícito no puede ser materia de un proceso jurisdiccional penal. La *autorictas iudicati* sobre cuestiones de hecho son pues factibles [CARNELUTTI, FRANCISCO. *Cuestiones sobre el proceso penal,* 2001, pp. 120-124].

Precisamente, por todo ello, la cosa juzgada material es un determinado efecto de algunas resoluciones firmes, consistente en una precisa y determinada

fuerza de vincular, en otros procesos, a cualesquiera de los órganos jurisdiccionales (el mismo que juzgó u otros distintos), respecto del contenido de esas resoluciones (de ordinario, sentencias) [DE LA OLIVA, ANDRÉS: *Derecho Procesal Civil. El Proceso de Declaración,* 2003, p. 492]. La perspectiva amplia de esta institución puede entenderse reconocida por el artículo 78, numeral 2, del Código Penal, cuando preceptúa que: "*La acción penal se extingue*: **2.** *Por autoridad de cosa juzgada*". Luego, si se trata de un impedimento procesal —impide una sentencia de mérito sobre un hecho ya juzgado—, si constituye un óbice procesal, puede plantearse como excepción y, precisamente, excepción de cosa juzgada.

TERCERO. Que, resuelto el problema previo en el sentido de que la invocación del artículo 79 del Código Penal, procesalmente, se plantea a través de la excepción de cosa juzgada, por lo que las decisiones en contrario del Juez y de la Sala Superior incurrieron en una inobservancia del indicado dispositivo del Código Penal. Y, como se trata de un asunto de puro derecho que no requiere de un nuevo debate, un mero juicio de subsunción desde las afirmaciones y decisiones jurisdiccionales civiles invocadas y presentadas por las partes, en especial por la parte acusada, es del caso examinar si la excepción es fundada o infundada (artículo 433, apartado uno, del Código Procesal Penal). Están superadas las cuestiones de admisibilidad y procedencia.

CUARTO. Que los hechos previos al hecho penal incriminado por la Fiscalía Provincial de Ica, son los siguientes:

A. Con fecha veintiséis de julio de mil novecientos noventa y uno, ampliado con fecha veintitrés de noviembre de mil novecientos noventa y dos, el Banco de Crédito se comprometió a otorgar un crédito en cuenta corriente a los agraviados Luis Octavio La Rosa Degregori e Ida Martínez de la Rosa por sesenta mil dólares americanos [fojas cuatrocientos cuarenta y cuatrocientos treinta y cinco]. Por ese contrato se constituyó una hipoteca sobre el predio rústico "Estancia Santa Lucía".

B. El referido contrato reconoció la existencia de otras deudas de los deudores al Banco e incorporó aquéllas en la hipoteca del predio antes mencionado. La deuda anterior se comprendió en el Pagaré número doscientos veinticuatro mil novecientos noventa y seis por sesenta y un mil seiscientos dieciséis dólares americanos. Ésta provenía de tres pagarés vencidos y no pagados y un saldo deudor de la cuenta corriente número cero cuatro noventa y seis sesenta guión cero guión noventa y ocho.

C. Esta deuda fue materia de una demanda de ejecución de garantía por sesenta mil dólares, por la que se presentó como título de ejecución el Pagaré numero valor no es nulo y la obligación es exigible. Así aparece de los autos de fecha trece de diciembre de mil novecientos noventa y cinco y veintidós de enero de Juzgado Civil de lea. Ante el cuestionamiento de los deudores, el indicado Juzgado y la Sala Superior resolvieron que la acción de cobro es lícita, el título doscientos veinticuatro mil novecientos noventa y seis por ante el Segundo mil novecientos noventa y seis, de fojas nueve y doscientos cuatro, respectivamente; el auto de vista quedó firme porque los agraviados se desistieron de interponer recurso de casación [fojas siete y ocho].

D. El Banco de Crédito con fecha quince de diciembre de dos mil ocho suscribió una escritura pública de cesión de derechos a favor de Owens Illinois Perú Sociedad Anónima, respecto de la deuda puesta a cobro por ante el aludido Segundo Juzgado Civil de Ica, como consta de su cláusula segunda [fojas doscientos sesenta y cuatro].

E. A raíz de una demanda interpuesta por los agraviados contra el Banco de Crédito sobre indemnización por daños y perjuicios, en vista de que el Banco no proporcionó los sesenta mil dólares del crédito al que se comprometió por el aludido contrato de veintiséis de julio de mil novecientos noventa y uno, se declaró fundada dicha demanda y se ordenó que el Banco pague a los agraviados las suma de treinta y cinco mil soles más los intereses legales desde el siete de marzo de dos mil [sentencia de primera instancia de fojas trescientos diecinueve, sentencia de vista de fojas trescientos veintisiete sentencia de casación de fojas trescientos treinta y ocho].

F. Cabe precisar que en el noveno fundamento jurídico de la sentencia de vista de fojas trescientos veintisiete se señaló expresamente que con anterioridad al contrato de veintiséis de julio de mil novecientos noventa y uno existía una deuda de los agraviados con el Banco de Crédito. Ello refuerza la afirmación de que los sesenta mil dólares del contrato antes mencionado es una cantidad distinta de la deuda ya generada.

G. Como consecuencia de esa demanda de indemnización, estimada parcialmente por el órgano jurisdiccional, y del contrato de cesión de derechos, los agraviados formularon denuncia por delitos contra la fe pública, que fue aceptada por el Ministerio Público, en los términos

consignados en el fundamento de hecho segundo. Se entendió que el hecho consignado en el contrato de cesión de derechos —existencia de la deuda que los agraviados tenían con el Banco— era falso, y que el mencionado contrato fue utilizado para perjudicar a los agraviados.

H. Tal situación generó a su vez la excepción de cosa juzgada interpuesta por el encausado Ferrari Quiñe, que intervino en el contrato de cesión de derechos.

QUINTO. Que, siendo así, es evidente, primero, que el título valor y la exigibilidad de la deuda materia del proceso seguido ante el Segundo Juzgado Civil de Ica ha sido establecido por resolución judicial firme —ante la posición procesal de los agraviados, el órgano jurisdiccional, bajo trámite contradictorio, declaró la validez de esa deuda y del título valor correspondiente—; segundo, que la deuda es previa, la decisión jurisdiccional recaída en el proceso sobre indemnización incoado por los agraviados no la invalida, pues se refiere al crédito ulterior, de sesenta mil dólares americanos, finalmente no otorgados por el Banco de Crédito; y, tercero, el hecho, calificado de delictivo por el Ministerio Público: consignar una deuda inexistente en un contrato de cesión de derechos, empero, ha sido calificado de lícito por la jurisdicción civil. Por ende, no puede construirse un cargo penal sobre un hecho cuya licitud ya fue decidida por la jurisdicción civil. La excepción de cosa juzgada es fundada.

SEXTO. Que el artículo 6, apartado 2, del Código Procesal Penal establece que si se declara fundada la excepción de cosa juzgada, entre otras, el proceso será sobreseído definitivamente. De otro lado, el artículo 8, apartado 6, del aludido Código, preceptúa que las excepciones deducidas a favor de uno de los imputados beneficia a los demás, siempre que se encuentren en igual situación jurídica —efecto extensivo en lo favorable de las excepciones—.

En el caso de autos, se encuentran en la misma situación jurídica tanto los encausados Bórdarampe Jerí y Miñán Galarza, que al igual que el procesado Ferrari Quiñe actuaron en el contrato de cesión de derechos como representantes legales del Banco de Crédito, como los encausados Dávila Jaramillo y Galindo Neumán, quienes intervinieron en ese contrato por la empresa Owens Illinois Perú Sociedad Anónima.

247

§247. Control de motivación de resoluciones judiciales

Casación	14-2015-UCAYALI
Fecha	14 de junio de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Rodríguez Tineo
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodriguez Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 429° inciso 1 del NCPP y el art. 139°, inciso 5 de la Constitución Política del Perú.

RESUMEN:

El deber de motivación de las resoluciones judiciales supone que las resoluciones judiciales deben documentarse (especialmente por escrito) como expresión de la función de garantía que reviste la declaración de la voluntad del estado. La obligación de la motivación que expresa la Constitución es una condición de validez de cualquier resolución judicial, bien se trate de auto o sentencia.

La fundamentación de las decisiones judiciales permite en una democracia realizar un control externo a la toma de las decisiones, toda vez que, la existencia y la configuración de la independencia judicial no quiere decir que haya una falta de control y fiscalización a las decisiones de los Tribunales.

Lo correcto de un fallo no tanto es que se encierre la verdad, sino que el mismo se encentre mejor y más convenientemente fundamentado.

FUNDAMENTOS:

OCTAVO: Que, este Supremo Tribunal no puede soslayar que el ámbito de pronunciamiento por el cual se concedió el presente recurso de casación se circunscribió a la causal prevista en el inciso 1 del artículo 429° del Código Procesal

Penal, esto es, la presunta inobservancia de la garantía constitucional de la debida motivación de las resoluciones judiciales.

El sustento para que se declare bien concedida la casación propuesta por la defensa del casacionista, en su momento se debió no solo al hecho de que el recurrente cumplió con todos los presupuestos y requisitos para la admisión de su recurso impugnativo, sino también, porque era indispensable y hasta necesario, verificar si el órgano jurisdiccional explicó y dio respuesta a los agravios propuestos por la cosa defensa, tanto en lo concerniente a la responsabilidad penal y fundamentalmente, a la determinación judicial de la pena.

En lo que concierne a este último asunto, el asunto en controversia estaba dirigido a verificar si se habían o no aplicado los supuestos comprendidos en los artículos correspondientes a la pena a imponerse, pero también a la aplicación de algún tipo de beneficios en cuanto a la tentativa del delito y no a uno de carácter consumado.

NOVENO: Que, el deber jurídico de motivar los hechos probados no solo es un deber legal, sino de modo claro e inequívoco constituye, sobre todo, una obligación de rango constitucional. El artículo 139°, inciso 5 de la Constitución Política del Estado consagra como una garantía y un principio de la admiración de justicia: " Las motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con precisión expresa de la Ley aplicable y los fundamentos de hecho que la sustenta"

El cumplimiento del deber de motivación supone que las resoluciones judiciales deben documentarse (especialmente por escrito) como expresión de la función de garantía que reviste la declaración de la voluntad del Estado. La obligación de la motivación que expresa la Constitución es una condición de validez de cualquier resolución judicial, bien se trate de un auto o sentencia.

La consagración constitucional del deber de motivar las resoluciones judiciales, constituye una regulación prescriptiva que va más allá de una simple declaración formal o de representar un enunciado carente de contenido y vigencia. Se trata más bien de una disposición de incidencia directa que repercute en todos los sectores del ordenamiento jurídico peruano y que refleja la necesidad de adaptar y adecuar la legislación ordinaria a los preceptos constitucionales.

DÉCIMO. En un Estado Constitucional no basta para justificar un acto el invocar el imperio de la Ley, la fuerza del derecho o la necesidad de realizar una justicia material. Es imprescindible dar razones y argumentos para justificar una determinada decisión y un acto estatal. La fundamentación de las decisiones

judiciales permite en una democracia realizar un control externo a la toma de las decisiones, toda vez que, la existencia y la configuración de la independencia judicial no quiere decir que haya una falta de control y fiscalización a las decisiones de los Tribunales.

Justificar es dar buenas razones como fundamento de la decisión. La justificación racional de las decisiones judiciales es contraria a las decisiones arbitrarias, caprichosas que no se fundan en razones o que las razones empleadas son malas o deficientes.

Así pies, lo que permite el cumplimiento del deber de motivar las resoluciones judiciales es abrir las puertas del control lo tanto de lo que el Juez ha pensado, sino de la racionalidad y la validez de los argumentos que sustenta su decisión. El control de la motivación no radica en el examen de cómo se llegó a una determinada decisión acerca de la justicia de la misma, sino que se dirige misas y las razones de las que se sirve el Juez para ser aceptable su decisión. En efecto, en un Estado Constitucional más importante que la justicia intrínseca de una decisión es que se aporte una serie de razones o argumentos que la sustenten. Lo correcto de un fallo no tanto es que encierre la verdad, sino que el mismo se encuentre mejor y más convenientemente fundamentado.

DÉCIMO PRIMERO. Que, en el caso de autos la controversia referida a la responsabilidad penal del ahora casacionista sí fue evaluado y merituada tanto por el Juzgado Penal Colegiado como por la Sala Penal de Apelaciones. Ambas instancias recurren a a doctrina jurisprudencial, consagrada en el Acuerdo Plenario número 2-2005 /CJ-116- Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha 30 de setiembre de 2005, sobre "requisitos de la sindicación de coacusado, testigo o agraviado", sometiendo las declaraciones de la agraviada a los requisitos y reglas de valoración por ser el único testigo de los hechos, para enervar la presunción de inocencia del acusado.

En este sentido las versiones de la agraviada fueron contrapuestas o sometidas a examen teniendo en cuenta criterios que le otorguen ciertas garantías de certeza, como son: a) Ausencia de incredibilidad. b) Verosimilitud. c) Persistencia en la incriminación.

En amabas instancias y por ende, en los dos Colegiados se valoró las circunstancias de que las agresiones sexuales, ya sea contra menos de edad o no, generalmente ocurren de manera clandestina y cuando la víctima se encuentra aislada, sola y con pocas posibilidades de ofrecer resistencia. Es por dicho motivo que ambas instancias consideraron que la prueba de cargo en estos casos está

constituida por la versión incriminatoria de la propia agraviada, sin la existencia de testigos, siendo por ello importante, que su valoración sea lo más creíble posible, obviamente contactándolas con prueba objetiva y cierta, pero no así, en presunciones o subjetividades.

En los fundamentos jurídicos correspondientes al considerando cueros de la sentencia de vista, si bien la Sala Penal de Apelaciones subtitula parte de ella con la frase " el deliro de actos contra el pudor, incluso, transcribiendo el tipo penal correspondiente que regula y sanciona los catos contra el pudor, lo que no sucede respecto del deliro de violación sexual, propiamente dicho, que sí fue objeto de acusación, lo cierto es que el casacionista sí dio razones para que se ingrese a valorar en su caso desvirtuar la posibilidad de que los hechos no se tratan de un delito de violación sexual, sino de actos contrarios al pudor, pues que mediante prueba objetiva fue descartada por el Tribunal de alzada, con razones mas que suficientes y que se hallan consignadas en la sentencia de vista.

DÉCIMO SEGUNDO: Que, de otro lado, en cuanto a la determinación de la pena, cabe precisar que es una de las labores más complejas para los operadores jurídicos penales y, en especial, para los Jueces y Tribunales. Consiste en el proceso por el que se transforma una pena imponible, de acuerdo con lo establecido en el Código Penal, en la pena concreta correspondiente al responsable de un hecho delictivo, de acuerdo con la gravedad del hecho cometido y sus circunstancias personales.

Esta no es una decisión arbitraria, sino que responde a la una serie de procesos informados por las reglas de determinación de la pena, que el Juez debe observar escrupulosamente, con independencia de los escasos márgenes de la discrecionalidad de que goza.

DÉCIMO TERCERO: Que de esta forma, no le corresponde a misma penal al autor de un delito consumado que al de un delito tentado, como tampoco tiene el mismo tratamiento el autor y el cómplice del mismo hecho delictivo. Se valora de forma distinta si alguien actúa en error de prohibición o concurriendo una eximente incompleta de alteración psíquica que si alguien lo hace actuando con pleno conocimiento de la antijuricidad o con sus facultades mentales intactas.

En fin, existe una multitud de factores que se concretan en la reglas de la determinación de la penal, que han de ser tenido en cuenta por los Jueces y no de los criterios que informa la determinación de la penal es la proporcionalidad (subprincipio de interdicción de la desproporción).

DÉCIMO CUARTO: Que el aspecto que más relevancia ha cobrado en los últimos años es la motivación de la individualización de la pena. Es decir, la exigencia a los Jueces y Tribunales para que razonen, de forma que sea plenamente comprensible y excluya cualquier sospecha de arbitrariedad, por qué deciden imponer una pena concreta y no otra, siempre que se hallen dentro de los límites establecidos por las reglas de determinación de la pena.

Acá juega una importante relevancia el principio de proporcionalidad concreta, pues a diferencia del legislador que tiene una posibilidad mayor de actuación en el ejercicio de su labor, el Juez tiene un rango ya prefijado por el legislador dentro del cual debe determinar la pena a aplicar; así pues, la doctrina ha considerado que existen criterios que han de seguirse para lograr la determinación y la individualización de la pena, tanto objetivos como subjetivos. En el campo objetivo, cuentan el nivel de afectación del bien jurídico tutelado, las circunstancias de realización del delito – tales como modo, el tiempo y el lugar-, la comprobación de si se está ante un supuesto de reincidencia o habitualidad del agente, los deberes infringidos, entre otros similares. En el aspecto subjetivo se encuentran las condiciones personales del sujeto pasivo, la reparación del daño luego de realizado el delito, la educación y grado de socialización del sujeto activo, entre los principales.

DÉCIMO QUINTO: Que, el Juzgado Penal Colegiado de Ucayali en a sentencia de fecha 04 de marzo de 2014, en el fundamento jurídico quinto "V. Determinación de la Pena", sí expresó sus razones por las que impuso al ahora casacionista la sanción de veinte años de pena privativa de libertad, expresando que la pena abstracta o conminada era no menos de treinta ni ayos de treinta y cinco años de pena privativa de libertad; no obstante ello, no se impone una pena dentro de dicho margen sino una por debajo del mínimo establecido en la Ley, debido al que existían otras razones, que también están establecidas en la Ley, que obligan al Juzgador a fijar una sanción menor . Entre dichas razones se citó la gravedad de los hechos, la falta de arrepentimiento del procesado, su edad en la fecha de los hechos, que apenas bordeaba los 27 años y, fundamentalmente, la circunstancia que l delito quedó en grado de tentativa y no se consumó.

En cuanto a la sentencia de vista, expedida por la Sala Penal de Apelaciones en Adicción Liquidadora, aun cuando preliminarmente se sostuvo la inexistencia de motivación alguna, pese a ello, en el fundamento jurídico 4.10 el Colegiado Superior sí expuso las razones por las cuales no ingresaba a valorar dicho extremo, es debido a que el procesado no había expresado agravios al respecto, dado que su pretensión era la absolución de los cargos atribuidos.

Pero hay más, el Colegiado de Apelaciones también realiza una revisión de la pena impuesta y concluye, que esta debía elevarse, pero que, por respeto a la prohibición de reforma en peor, mantiene la pena impuesta.

Así pues, en ambos casos sí se expresaron razones más que suficientes para concluir que se respetó la garantía constitucional de la debida motivación de las resoluciones judiciales.

DÉCIMO SEXTO: Que, este Supremo Tribunal considera precisar e insistir, que del examen de todos los actuados se puede concluir, que el Juzgado Penal Colegiado sí merituó la razones que tenían para imponer la pena finalmente impuesta, entre otras, que el delito quedó en grado de tentativa, por expresa disposición del artículo 16° del Código Penal, que dispone, que en la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo. El Juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena.

La tentativa entonces señala de manera obligatoria para el juzgador y no facultativa una disminución de la pena.

Que al buscar una definición sobre tentativa, el Código Penal en el artículo 16° refiere: " En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo". Carlos Fontán Balestra expresa que "Tentativa es comienzo de ejecución de un delito determinado con dolo de consumación y medios idóneos, que no llega a consumarse por causas ajenas a la voluntad del autor".

El hecho delictuosos como acto criminal se genera en la mente del autos y se exterioriza en actos, hasta llegar a la consumación y total agotamiento del delito. A este proceso se le llama *iter criminis.* Las ideas -ideación- no son punibles por el principio de *cogitationis poenam meno patitur* (nadie sufre pena por su pensamiento). Por lo tanto no entran dentro del concepto de tentativa, mientras que con la consumación del delito termina toda posibilidad de tentativa ya que esta conducta del individuo encuadra perfectamente en el tipo, en cambio la tentativa lo que hace es ampliar el tipo para poder llegar a la punición de conductas que no llegan a consumarse.

En el caso de autos, aún cuando el acto sexual mediante violencia y en perjuicio de la menor, no llegó a consumarse, esta situación no fue originada por un desistimiento voluntario del ahora casacionista como lo pretendió hacer creer durante el juzgamiento, sino fue debido a la oportuna y circunstancial intervención de los pobladores del lugar, que impidieron la consumación del acto delictivo y retuvieron al procesado hasta que legasen los efectivos policiales; no

obstante ello, lo cierto es que sí existió racionalidad en la decisión adoptada para individualizar la pena concreta a imponerse.

Que siendo así, es inobjetable que las decisiones antes acotadas no vulneran la garantía constitucional de la debida motivación de las resoluciones judiciales, y en rigor, la determinación judicial de la pena realizada, se ajusta a Derecho.

248

§248. Deliberación y Sentencia. Desvinculación Jurídica

Casación	659-2014 – PUNO
Fecha	10 de mayo de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodrígues Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 374° y 397° del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	3.1° al 3.7°

RESUMEN:

El artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, en su primer inciso regula el principio tempus regit actum; por lo que, no correspondía citar el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales mediando reglas específicas en los artículos 374° y 397° del Código Procesal Penal, tal como lo señala la sentencia recurrida. Sin embargo, no justifica la invalidez normativa de la sentencia de primer grado, por fundarse en institutos procesales propios del proceso penal, comunes a ambos Códigos que coexisten en la actividad jurisdiccional nacional, más aún no media discrepancia sustancial con el resultado de la desconexión típica. En tal sentido, el Acuerdo Plenario Número 04-2007/CJ-116, al desarrollar el mismo instituto procesal contenido en las normas del nuevo Código Procesal Penal de 2004 se debe aplicar en los casos regulados por éste.

FUNDAMENTOS:

3.1: La desvinculación jurídica -instituto procesal- tiene como antecedente un supuesto procesal que generó un conflicto cuya resolución se pretende realizar

mediante su aplicación práctica; por lo que, una configuración derivada de un condicionamiento de carácter empírico comprobado durante el desarrollo del proceso: el error iuris en la aplicación del derecho material al realizar la operación de subordinación de los hechos objeto de imputación, es decir, un juicio de tipicidad defectuoso que deber ser enmendado durante el séquito del proceso, a fin de conjurar la posibilidad de sembrar futuras nulidades que hagan estéril el esfuerzo judicial en la solución jurídico penal de un caso práctico. Ello ostenta una implicancia muy cercana con el derecho de defensa y para su procedencia, requiere la concurrencia de determinados requisitos que fueron asentados en la doctrina jurisprudencial desde la época que se aplicó la desvinculación procesal con la nomenclatura de determinación alternativa. Como señala Carlos Escobar Antezano "(...) Para los supuestos en el que se aplica la desvinculación procesal es importante indicar los requisitos de la determinación alternativa o desvinculación que son a) homogeneidad del bien jurídico tutelado; b) inmutabilidad de los hechos y de las pruebas; c) la preservación del derecho de defensa; y, d) la coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación al tipo penal (...)".

3.2: Aunado a lo anterior expuesto, cabe señalar que el supuesto procesal que impulse la necesaria aplicación de una salida alternativa a través de la pauta señalada por el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales corresponde a que la Sala plantee la tesis de una imputación más grave, les brinde a las partes la posibilidad de desarrollar una nueva tesis en base a la irrupción, en el escenario del juicio, de una circunstancia modificadora de los términos del juicio de subsunción normativa inicial en base a los nuevos términos del juicio de subsunción normativa inicial en base a los nuevos términos, a fin de precaver que medie la necesaria correspondencia y coherencia con el juicio histórico oficialmente asentado. En los casos de una necesaria agravación de los términos de la acusación, se procederá conforme a la pauta procesal prevista en el artículo 283° del Código de Procedimientos Penales, tal como lo manda el propio artículo 285-A, inciso 1) y el artículo 374, inciso 1) del Código Procesal Penal así como el artículo 397°, inciso 2) del mismo Código. Situación jurídica procesal distinta a la prevista por el artículo 349°, inciso 3) del Código Procesal Penal, desarrollada doctrinariamente por el Acuerdo Plenario número 06- 2009/CJ-116 que contempla los casos en que el propio Fiscal plantee una acusación alternativa o subsidiaria, además de una principal. En los supuestos indicados, es el Juzgador el que plantea la tesis generada dialécticamente como consecuencia de la actividad del plenario, por la necesidad de agotar absolutamente el examen de los hechos materiales y su correlato subsuntivo en la ley penal sustantiva, por principio de exhaustividad.

3.3: En ambos cuerpos normativos subyace la regulación de las mismas fórmulas desvinculatorias de la subsunción jurídico penal original, el derecho a contradecir con conocimiento previo y cabal de los cargos traducidos jurídicamente como aplicación práctica de un derecho de defensa activo. Así, tal como lo prevé el fundamento jurídico 12 del Acuerdo Plenario Número 04-2007/CJ- 116 que es extensivo a ambas legislaciones procesales porque regulan y franquean la posibilidad que el Tribunal en los supuestos de la concurrencia de circunstancias cualificadas también para el caso de que no concurran en aplicación del principio *a maiorem ad minus* [se aplica a calificaciones ventajosas, prescripciones positivas o leyes permisivas, de una forma bastante simplista se puede enunciar bajo el anunciado: "el que puede lo más puede lo menos"] supuesto que no afecta el derecho de defensa por tratarse de sub tipos de menor intensidad dentro del mismo bien jurídico manteniendo la inmutabilidad de los hechos y sobre los que se ha desarrollado un ejercicio amplio de la defensa.

3.4: Es evidente que, según el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, en su primer inciso regula el principio *tempus regit actum* tal como lo desarrolla el Acuerdo Plenario Número 01-2007/ESV-22; por lo que, no correspondía citar el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales mediando reglas específicas en los artículos 374° y 397° del Código Procesal Penal, tal como señala la recurrida; sin embargo, no justifica la invalidez normativa de la sentencia de primer grado, por fundarse en institutos procesales propios del proceso penal, comunes a ambos Códigos que coexisten en la actividad jurisdiccional nacional, más aún no media discrepancia sustancial con el resultado de la desconexión típica.

3.5: De lo expuesto, se colige que el Acuerdo Plenario número 04-2007/ CJ-116 es concurrente, porque la determinación alternativa o desvinculación es una institución del proceso penal destinada desde un punto de vista instrumental, a conjurar o remediar casos excepcionales al principio acusatorio, derivados de un requerimiento fiscal de acusación constreñido por un error de calificación inicial que actúa como camisa de fuerza o corsé jurídico, impidiendo una adecuación típica dentro del principio de corrección normativa del juicio de tipicidad inicial, en aplicación de un rigor técnico- legal a que está obligada la Sala de Mérito para el esclarecimiento del hecho, de sus circunstancias y de la participación criminal efectiva de los imputados.

3.6: En ese orden de ideas, si el Juzgador advierte que existe un error en la calificación que no genera la nulidad puede ser corregido al momento de la desvinculación [existiendo una limitación al principio *iura novit curia,* conforme

lo señala el Acuerdo Plenario N° 04-2007/ CJ-116], salvaguardando las garantías constitucionales al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva que tiene todo justiciable, bajo los principios de celeridad y economía procesal.

3.7: En mérito a los fundamentos descritos precedentemente, se infiere que el Acuerdo Plenario Número 04-2007/CJ-116, al desarrollar el mismo instituto procesal contenido en las normas del nuevo Código Procesal Penal de 2004 [consignadas en líneas arriba] se debe aplicar en los casos regulados por éste.

249

§249. Motivación de la sentencia a través de prueba indiciaria

Casación	628-2015/LIMA
Fecha	05 de mayo del 2016
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Barrios Alvarado, Hinostroza Pariachi, Príncipe Trujillo, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Código Procesal Penal.

RESUMEN:

La motivación descansa tanto en la declaración de hechos probados cuanto en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas materiales que rigen tanto el injusto penal y la culpabilidad cuanto las reglas sobre la medición judicial de la pena, así como los criterios de imputación civil y quantum de la reparación civil. El examen de la presunción de inocencia importa un triple control: juicio sobre la prueba, juicio sobre la suficiencia y juicio sobre la motivación y su razonabilidad. La corrección de la prueba indiciaria se encuentra en el juicio sobre la suficiencia probatoria, mientras que la correlación de la motivación se encuentra en el juicio de razonabilidad. El contraindicio, que es la contraprueba indirecta, consiste en la prueba de algún hecho con el que se trata de desvirtuar la realidad de un hecho indiciario, al resultar incompatibles tales hechos entre sí o al cuestionar aquel hecho la realidad de éste, debilitando su fuerza probatoria.

FUNDAMENTOS:

PRIMERO. Que, en principio, la motivación descansa tanto en la declaración de hechos probados cuanto en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas materiales que rigen tanto el injusto penal y la culpabilidad cuanto las reglas sobre la medición judicial de la pena, así como los criterios de

imputación civil y *quantum* de la reparación civil. Es de distinguir, por tanto, entre motivación sobre los hechos y motivación sobre la aplicación del derecho.

No existe, pues, motivación en sí, sino aquella referida básicamente a un tipo legal, a sus exigencias normativas y al juicio de adecuación típica, entre otros. Los hechos que deben probarse, en un primer ámbito, son aquellos que exige la norma jurídico penal para estimar el hecho penalmente antijurídico y culpable.

SEGUNDO. Que el delito objeto de acusación, enjuiciamiento y condena es el de "negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo", previsto y sancionado por el artículo 399° del Código Penal. Esta norma prevé corno incurso en sus disposiciones al "*...funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación* en la *que interviene por razón de su cargo...*".

Se trata de un delito especial propio que tutela la transparencia e imparcialidad de los funcionarios y servidores públicos en la torna de decisiones propias. El tipo legal exige como requisito típico, primero, el estatus formal de funcionario o servidor público, y, segundo, que la actuación realizada debe estar en razón al ejercicio de su cargo (relación funcionaria! específica o ámbito de su funcional)--. El agente público vulnera la imparcialidad en los contratos u operaciones en que interviene por razón de su cargo, lo que importa que desde la ley deba procurar el beneficio del Estado o ente público, antes que un beneficio particular, sea propio o para un tercero -no se atiende a la causa que impulsa la actuación torcida del funcionario-. Lo indebido se encuentra en esa orientación desviada al margen del interés de la generalidad, por lo que no se castiga la mera parcialización sino que su actuación produzca un provecho en favor de terceros o de él. El interesarse debe implicar que el agente público es al mismo tiempo interesado personalmente en el contrato y funcionario que interviene en él por razón de su cargo —se trata de un interés económico— [FONTÁN BALESTRA, CARLOS: *Tratado de Derecho Penal.* Tomo VII, 2da. Edición, Abeledo guión Prelot, Buenos Aires, mil novecientos ochenta, página trescientos treinta y siete]; el interés tomado debe ser personal y de carácter pecuniario o económico. Es un delito de peligro concreto, no de daño o de resultado para la Administración Pública [DONNA, EDGARDO ALBERTO: *Delitos contra la Administración Pública,* 2da. Edición, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008, página 362].

TERCERO. Que, en el caso de autos, según la sentencia de vista, se arribó a una conclusión condenatoria a partir de prueba indirecta, circunstancial o

judiciaria —no medió confesión o una declaración de un delator o colaborador que exprese haber sido testigo de actuaciones indebidas, interesadas, de funcionarios de Banmat en coordinación y para favorecimiento del Consorcio Los Álamos en orden al financiamiento solicitado y posteriormente obtenido por aquél—. Esto último implica que se estimó acreditados hechos circundantes al hecho principal o típico —los denominados "hechos indicadores, hechos-base o indicios"—, que a partir de una inferencia —sustentada en máximas de experiencia y/o leyes de la lógica— se arribó al "hecho indicado o hecho consecuencia", constitutivo este último propiamente del tipo legal de negociación incompatible aprovechamiento indebido del cargo.

CUARTO. Que en clave de motivación debe recordarse:

A. Los Tribunales de Mérito, desde luego, tienen la facultad de valorar racionalmente las pruebas practicadas en el juicio —de primera instancia *y* de apelación, con los limites legalmente reconocidos en armonía con el principio procedimental de inmediación—, pero tienen el deber de razonar expresamente tal valoración en el propio texto de la sentencia, cumpliendo así el deber de motivación impuesto por el artículo 139° inciso 5 de la Constitución.

B. Esa motivación constitucionalmente exigida ha de comprender necesariamente la mención expresa en el propio texto de la sentencia de los medios de prueba utilizados y el razonamiento sobre el valor de éstos a los efectos de considerar acreditados todos y cada uno de los extremos de la relación de hechos probados —siempre en relación con el delito atribuido—. La motivación fáctica de la sentencia, al hallarse íntimamente conectada con la presunción de inocencia, exige especial esfuerzo recapitulador y de síntesis del material probatorio. Debe razonarse el proceso de persuasión del Tribunal acerca de la culpabilidad del acusado, plasmando su razonamiento en la sentencia.

QUINTO. Que, en atención a la relación entre motivación fáctica y presunción de inocencia, es de acotar que el examen de esta última garantía importa un triple control: juicio sobre la prueba, juicio sobre la suficiencia y juicio sobre la motivación y su razonabilidad. La corrección de la prueba indiciaria se encuentra en el juicio sobre la suficiencia probatoria, mientras que la corrección de la motivación se encuentra en el juicio de razonabilidad.

En materia de prueba indiciaria, para que la conclusión incriminatoria pueda ser tenida por válida es preciso; 1. Que los hechos indicadores o hechos-

base sean varios y viertan sobre el hecho objeto de imputación nuclear —deben estar, por lo demás, interrelacionados y ser convergentes: deben reforzarse entre sí y ser periféricos o concomitantes con el hecho a probar—. 2. Que los indicios estén probatoriamente bien y definitivamente acreditados. 3. Que la inferencia realizada a partir de aquéllos, por su suficiencia, sea racional, fundada en máximas de experiencia fiables —entre los hechos indicadores y su consecuencia, el hecho indicado, debe existir una armonía que descarte toda irracionalidad de modo que la deducción pueda considerarse lógica: el enlace ha de ser preciso y directo—. 4. Que cuente con motivación suficiente, en cuya virtud el órgano jurisdiccional deberá expresar en la motivación los grandes hitos o líneas que lo condujeron a la deducción conforme al artículo 158° apartado 3 del Nuevo Código Procesal Penal —tiene que exteriorizar los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explicite el razonamiento o engarce lógico entre el hecho base y el hecho consecuencia y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de experiencia común o en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los 'criterios colectivos vigentes (STCE ciento veinticuatro diagonal dos mil uno, de cuatro de junio)—.

A final de cuentas, la deducción realizada por el tribunal sentenciador debe implicar un raciocinio lógico e inteligible que a través de varios indicios objetivos sobre hechos no delictivos —datos objetivos fiables—, permite llegar al hecho consecuencia ya conculcador del precepto penal (STSE de quince de abril de mil novecientos noventa y siete). En la conformación del análisis integral para la configuración de la prueba indiciaria, desde luego, no puede dejarse de tener presente lo que se entiende como "prueba en contrario" y "contraprueba". En este último supuesto se ubica contraindicio, que es la contraprueba indirecta, y que consiste en la prueba de algún echo con el que se trata de desvirtuar la realidad de un hecho indiciario, al resultar incompatibles tales hechos entre sí o al cuestionar aquel hecho la realidad de éste, debilitando su fuerza probatoria liCLIM1-3NT DURÁN, CARLOS: La prueba penal, 2da. Edición, Editorial Tirant lo Banch, Valencia, dos mil cinco, páginas novecientos treinta y siete guion novecientos cuarenta y uno].

A los efectos del presente caso, y del motivo de casación aceptado, es especialmente importante tanto el sub-punto tercero como el cuarto.

SEXTO. Que, sobre este punto, la sentencia de vista apreció que el interés indebido de Del Solar Portal y Aparicio Mosselli se produjo cuando se interesaron en_ el_ Proyecto Los Álamos de forma previa a la presentación del Proyecto en el Bamnat, ocurrida el día trece de mayo de dos mil cinco. De esta

manera, según el Tribunal Superior, indebidamente permitieron que el Proyecto "Los Álamos" usara el logotipo del Banmat en su material impreso de promoción como entidad financista, así como el logotipo del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, lo que tuvo lugar el día veintiuno de marzo de dos mil cinco. Igualmente, el interés indebido se expresó en el hecho de que, a través del Gerente de Inversiones y Colocaciones, Roberto Mc Farlane Vidal, se convocó al Comité de Colocaciones para evaluar y aprobar, el día veintiocho de junio de dos mil chico, la solicitud de financiamiento planteada por la empresa Consorcio Los Álamos.

El interés indebido se articuló desde antes que el proyecto ingresó a la Mesa de Partes de Banmat, el trece de mayo de dos mil cinco. Además, en un primer momento Baninat, cuyo objetivo institucional era otorgar créditos bajo la modalidad de construcción de viviendas a personas de escasos recursos a promotores privados, tenía establecido que los promotores debían ser propietarios del terreno donde se iba a realizar el proyecto de construcción de viviendas (Procedimiento P guión cero cero tres guión cero tres diagonal GT) —el acuerdo del Directorio de Banmat número veintiocho guión cero cinco guión cero dos de diecinueve de marzo de dos mil dos, así lo establecía—. Esa condición, empero, se modificó el cuatro de abril de dos mil cinco para que Banmat también financie al promotor la adquisición del terreno —el inicio del procedimiento de modificación tuvo lugar el seis de enero de dos mil cinco cuando Del Solar Portal solicitó la modificación de las condiciones generales para el otorgamiento de financiamiento por Banmat—.

SÉPTIMO. Que los hechos indiciarios, indicadores o base, respecto de los cuales no existe controversia, son: 1. La autorización para figurar el lago de Banmat y del Ministerio de Vivienda en los folletos y comunicaciones de difusión y propaganda del Consorcio Los Álamos, antes de la aprobación del financiamiento del proyecto de viviendas. 2. El cambio del procedimiento para autorizar el financiamiento del terreno materia del proyecto de construcción de viviendas. 3. citación para la reunión del Comité de Colocaciones en un mismo día, en el que también se aprobó el proyecto en cuestión.

A partir de estos hechos se entendió que medió un interés indebido en provecho del Consorcio Los Álamos para otorgarle la aprobación de su proyecto de construcción de viviendas. Se aplicó máximas de experiencia, generales o comunes, en cuya virtud si se realizan conductas de coordinación o, en todo caso, de concertación con los promotores antes de la presentación formal de un proyecto de financiamiento, variando el procedimiento de otorgamiento de

créditos y autorizando la utilización de logos oficiales para la difusión del proyecto, su carácter indebido resulta manifiesto.

El tema en debate es entonces, primero, ¿son esos todos los indicios terminantes para una tal conclusión incriminatoria?; y, segundo, ¿son esas las máximas de experiencia a las que debió acudir?

OCTAVO. Que, al respecto, es importante tener presente que la sentencia de primera instancia estableció que no se probó: 1. Que el imputado Aparicio Mosselli ordenara la modificación del Procedimiento P guión cero cero tres guión) cero tres guión GT para incluir en él la posibilidad de financiamiento del terreno en proyectos inmobiliarios. 2. Que dicho encausado se interesó directamente en la aprobación por el Comité de Colocaciones del proyecto inmobiliario del Consorcio Los Álamos, obviando el cumplimiento de una serie de requisitos previos. 3. Que el referido acusado se interesó directamente en firmar las adendas uno, dos y tres del Convenio de Financiamiento entre el Banmat y el Consorcio Los Álamos.

El fallo de primera instancia solo resaltó las gestiones previas a la aprobación del proyecto, incluso antes de la presentación formal de la solicitud de financiamiento, las que estimaron indebidas y significativas de una negociación incompatible con la imparcialidad y objetividad en la actuación de un funcionario público.

NOVENO. Que, sobre el particular, es de subrayar algunos puntos relevantes, de cara al análisis indiciario. 1. Que el Acuerdo del Directorio de Banmat número veintidós guión cero dos, de diez de diciembre de dos mil dos, se suprimió la obligación del promotor de entregar como aporte inicial el terreno, de modo que —aun cuando sobre su interpretación existen declaraciones variadas de varios de los Directores [fundamentos cuarenta y uno y cuarenta y nueve de la sentencia de primera instancia]. 2. Que la fecha de presentación del Proyecto de Vivienda Los Álamos fue el trece de mayo de dos mil cinco y éste se aprobó en la sesión del Comité de Colocaciones el veintiocho de junio de dos mil cinco, aunque es *v*erdad que la orden de agendarlo para la sesión del Comité, la realización de las sesión del Comité y la aprobación ocurrió en un mismo día: veintiocho de junio e dos mil cinco —aunque el convenio se firmó el once de julio de dos mil cinco—.

Que los pasos para modificar el Procedimiento del "Programa de Vivienda

Básica a través de Promotor Inmobiliario" se iniciaron el seis de enero de dos mil cinco y culminaron con la efectiva reforma el cuatro de abril de dos mil cinco —antes' de la fecha de presentación formal del Proyecto de Vivienda Los Álamos (trece de mayo de dos mil tincó)—, aunque con anterioridad a la intervención

del Banmat en la celebración del acuerdo preparatorio de compromiso de compra venta del terreno donde se realizaría el Proyecto de Vivienda —celebrado el día uno de marzo de dos mil cinco—. 4. Que la autorización para la utilización del logo institucional se produjo el veintiuno de marzo de dos mil cinco, después de la celebración del acuerdo preparatorio con los Bancos de Crédito y Financiero y antes de la presentación formal del Proyecto por parte de Consorcio Los Álamos ante el Banmat.

DÉCIMO. Que, ahora bien, es de precisar que en materia de hechos declarados probados y no probados en primera instancia, si la sentencia no es absolutoria y no observa o cuestiona sus términos el Ministerio Público, no cabe al Tribunal de Apelación declarar probados hechos que fueron excluidos del *factura* condenatorio por el Tribunal de Primera Instancia. El juicio histórico del Callo condenatorio recurrido, salvo observaciones puntuales de la Fiscalía actuante en ese grado, o de error patente, de mero carácter material, o que revelen ambigüedad o contradicción interna evidente, del órgano jurisdiccional en el relato fáctico, no puede ser ampliado en lo esencial para incorporar lo que el Tribunal de Primera Instancia excluyó desde la *questio facti.* De procederse en sentido contrario, la sentencia de vista sería *extrapetita* y violaría el principio de congruencia procesal.

Por ende, debe estarse a lo señalado en el fundamento jurídico séptimo.

DÉCIMO PRIMERO. Que si lo relativo a la modificación del procedimiento de actuación de los órganos ejecutivos del Banmat no puede ser atribuido a un acto de interés irregular o incompatible, tanto más si el Directorio no tenía prohibida tal posibilidad —que el financiamiento del Proyecto incluya la adquisición del terreno— desde mucho antes, a fines de dos mil dos [fundamento jurídico octavo, punto uno]. Además, si no se interesó en la citación del Comité de Colocaciones para la aprobación del Proyecto del Consorcio Los Álamos, resulta notoriamente insuficiente poder deducir, sin fisuras ni lagunas tácticas —presencia de otros indicios alrededor del hecho indicado—, que se perpetró una negociación incompatible.

De otro lado, el Procedimiento del Banmat exigía por parte del promotor privado la presentación de la solicitud de financiamiento con el cumplimiento de los requisitos fijados; y, para su concreción —tratándose de una entidad financiera—, era obvio reuniones previas y coordinaciones constantes entre el promotor y los responsables del Banmat, precisamente para garantizar que los documentos solicitados no presenten omisiones y contengan todas las pautas legal y financieramente exigibles. Por lo demás, si era del caso financiar la adquisición del terreno, el vendedor —ducho del bien— debía asegurar el pago y el Banmat

tener firme que ese terreno se utilizaría para el proyecto y que estaba garantizada la operación de compra-venta.

Es de resaltar que no puede calificarse de "inusual" lo concerniente a la aprobación del proyecto de financiamiento presentado Consorcio Los Álamos. El análisis de ese punto requiere tener presente *(1)* que la documentación técnica se había completado y que la solicitud se presentó cuarenta días antes; *(ii)* que es pauta regular en órganos colegiados cuando se agenda un punto resolverlo en ese momento si tiene consistencia en los informes técnicos correspondientes —nada de eso se declaró probado que no existía—, y *(iii)* que, luego, el convenio se firmó trece días después. Si se afirma que fue inusual, entonces, esa afirmación sostenida desde un juicio de comparación de la actividad del Comité respecto de los tiempos utilizados requería de un fundamento probatorio específico. La regla de experiencia técnica estaba necesitada de prueba y esta prueba debía aportarla la acusación por imperio de la garantía de presunción de inocencia, lo que no hizo.

DÉCIMO SEGUNDO. Que Banmat es, como quedó expuesto, una entidad financiera. El financiamiento de proyectos de vivienda tiene sus propias reglas y pautas de gestión; no se está, en estos casos, ante un proyecto de inversión pública o una licitación para la adquisición o venta de bienes o servicios por la Administración. El banco debía cumplir sus metas de colocaciones y financiar proyectos de vivienda de acuerdo a su objeto social. Los responsables del mismo debían procurar el interés de la institución y el cumplimiento de los fines públicos o de política social del Estado, luego, no' toda reunión o entrevista, previa a la presentación formal de la documentación, puede tildarse de indebida. Lo será cuando vulnere sus disposiciones internas, no cuide la corrección de la documentación aportada por el promotor, se financien proyectos distintos de los institucionalmente, se prefiera proyectos deficientes en desmedro de otros social y financieramente adecuados, se impongan condiciones de pago irrazonables, se opte por proyectos de personas vinculadas, etcétera.

En el presente caso no se declaró probado que el convenio cuestionado fue financieramente inadecuado, que por falta de cuidado o por omisión dolosa se incorporó documentación falsa o deficiente o que no se incorporó la necesaria información o estudios técnicos para asegurar la viabilidad de la colocación de fondo , que la ejecución del convenio se interrumpió con perjuicio al Banmat e te quedase imposibilitado de recuperar su acreencia, que existió algún vínculo mercantil precedente entre los integrantes del Consorcio y los responsbles del Banmat.

DÉCIMO TERCERO. Que es verdad que se autorizó, con carácter previo, la utilización del logo institucional para la difusión de un proyecto de vivienda am no aprobado, así como que, antes de formalizar el cambio del procedimiento de otorgamiento, de financiamiento, mediaron reuniones previas con el Banco de Crédito y el Banco Financiero para garantizar el financiamiento de la adquisición de terreno por parte de Consorcio Los Álamos.,

Tales hechos, sin embargo, deben analizarse en el ámbito de la totalidad de gestiones realizadas entre el Consorcio y Banmat, de la naturaleza de la actividad financiera y de las exigencias para el financiamiento y de un proyecto de viviendas para, personas de escasos recursos. Las máximas de experiencia son técnicas, no comunes, vinculadas al ámbito financiero.

No es, en sí, mismo, irregular adelantar pasos antes de culminar el trámite de la concesión de un financiamiento. Cuando se autorizó la: utilización del logo ya se contaba con 'el acuerdo preparatorio para la adquisición del terreno y, además, ese negocio se concretó en sus primeros pasos al aprobarse ulteriormente el financiamiento del proyecto del Consorcio. El aseguramiento del financiamiento del proyecto se produjo, en un primer paso turne con el acuerdo preparatorio de compra venta del terreno. Examinar aisladamente ambos hechos excluyendo el contexto en que se produjeron y la naturaleza de la actividad bancaria, aun cuando del Estado, no permite definir la gravedad de los indicios exigibles e identificar la máxima de experiencia que debe utilizarse.

DÉCIMO CUARTO. Que, en consecuencia, los indicios no son lo plural y convergentes para dar por acreditados los cargos objeto de acusación, delimitados en por la sentencia de primera instancia, y las máximas de experiencia utilizadas no son las que debían aplicarse en supuestos de actividades financieras y del sector construcción. Existen, además, contraindicios no tenidos en cuenta y hechos que en segunda instancia se dieron por probados cuando en primera instancia se excluyeron por falta de pruebas. Todo ello hace que el juicio de culpabilidad no se corresponda con las exigencias normativas en materia de reglas de prueba penal en relación con los elementos del tipo legal de negociación incompatible. La motivación no es suficiente y el juicio de razonabilidad en orden a la inferencia no supera el baremo de lo constitucionalmente exigible para justificar que, en efecto, se enervó la presunción constitucional de inocencia.

Siendo así, la conclusión debe ser absolutoria y hacerlo sin reenvío —juicios rescindente y rescisorio—. Si las exigencias de la prueba indiciaria no se han cumplido procede la absolución, no la nulidad del fallo.

DÉCIMO QUINTO. Que, en vista que el delito de negociación incompatible no ha sido acreditado más allá de toda duda razonable, la absolución no solo corresponde a uno de los imputados: al recurrente Aparicio Nosselli„ sino también a su coimputado Del Solar Portal y al titular, como cómplice primario, del Consorcio Los Álamos, encausado Izaguirre Uribe. Los tres están en la misma situación jurídica en relación al hecho acusado.

El efecto extensivo en lo favorable del recurso de casación para los encausados no recurrentes —o, por extensión, cuyo recurso fue desestimado por razones formales— se encuentra contemplado en el artículo 408° numeral 1 del Nuevo Código Procesal Penal.

250

§250. Eficacia de decisión judicial firme

Casación	131-2014-AREQUIPA
Fecha	20 de enero de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Villa Stein.
Jueces Supremos	Villa Stein, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 139° inciso 2 de la Constitución Política del Perú.
Fundamentos jurídicos vinculantes	5°, 9°, 11°, 12° y 16°.

RESUMEN:

La posibilidad de dejar sin efecto una resolución que revoca la pena privativa de libertad suspendida haciéndola efectiva, ha quedado completamente descartada desde lo establecido por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema. En consecuencia, toda resolución que contraviene este mandato deviene en inconstitucional e ilegal.

Es menester diferenciar entre validez y eficacia. La validez exige que el acto procesal, en este caso la sentencia, se ajuste a derecho, cumpla con las exigencias legales y constitucionales. Por su parte, la eficacia se predica de la aptitud para causar efectos jurídicos. En tanto la eficacia supone una aptitud, es decir una capacidad – potencia- y no un acto, el que no se haya capturado al procesado no supone que la sentencia sea incapaz de producir efectos.

En atención a lo expuesto podemos concluir que la ineficacia de la predica de una situación en la cual de ninguna manera podrá el fallo.

FUNDAMENTOS:

Tema a dilucidar

1. La posibilidad de dejar sin efecto la revocatoria de suspensión de la pena por incumplimiento de una regla de conducta de índole pecuniario en el caso del delito de omisión a la asistencia familiar.

MOTIVO CASACIONAL: POSIBILIDAD DE DEJAR SIN EFECTO LA REVOCATORIA DE LA SUSPENSIÓN DE LA PENA

2. A la fecha en que ha sido redactada la presente sentencia, ya se ha tomado posición respecto al supuesto de hecho que nos ocupa en el Acuerdo Plenario 3-2012/CJ-116, del 24 de enero de 2013, sobre libertad anticipada en su fundamento jurídico 20 cuyo texto es como sigue:

> *20° Por lo demás, en el ejemplo propuesto [en que con posterioridad a la revocación de la suspensión de la pena el procesado cumpla con el pago de las pensiones alimenticias] -respecto del cual existen algunas decisiones judiciales-, se advierte un planteamiento no compatible con las disposiciones legales vigentes -de obvio carácter material- así como con la naturaleza jurídica y los presupuestos que corresponden a la suspensión de la ejecución de la pena y la conversión de penas.*
>
> *Tres son las razones del error en que se incurre:*
>
> *1.* ***Luego de la revocatoria del régimen de suspensión de la ejecución de la pena, el cumplimiento efectivo y continuo de la pena privativa de libertad no tiene ninguna posibilidad normativa de ser modificado*** *o reducido (artículos 59, apartado 3, y 60 del CP). La revocatoria es una sanción y no es integrable con la conversión en otra pena no privativa de libertad, como la prestación de servicios a la comunidad o la multa (cursiva nuestra).*

3. Sentido interpretativo que ha sido compartido por el Tribunal Constitucional tal como se puede apreciar en la sentencia recaída en el Exp. N° 03657-2012-PCH/TC en la cual reitera el precedente sentado en la sentencia recaída en el Exp. N° 1428-2002-HC/TC que respecto al tema que nos convoca, en su fundamento jurídico 2, señaló:

> *El artículo 2°, inciso 24), literal "c", de la Constitución Política del Estado señala, como uno de los contenidos constitucionalmente garantizados de la libertad y seguridad personal, que "no hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios".*
>
> *En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que cuando el literal "c", del inciso 24), del artículo 2° de la Constitución prohíbe la prisión por deudas, con ello se garantiza que las personas no sufran restricción de su libertad locomotora por el incumplimiento de obligaciones cuyo origen se encuentra en relaciones de orden civil.*
>
> ***La única excepción a dicha regla se da como el propio dispositivo constitucional señala, en el caso del incumplimiento de deberes alimentarios, toda vez que están de por medio los derechos a la vida, salud y a la integridad del alimentista, en cuyo caso el juez competente puede ordenar la restricción de la libertad individual del obligado.***
>
> *Sin embargo, tal precepto constitucional* ***-y la garantía que ella contiene- no se extiende al caso del incumplimiento de pagos que se establezcan en una sentencia condenatoria.*** *En tal supuesto, no es que se privilegie el enriquecimiento del erario nacional o el carácter disuasorio de la pena en desmedro de la libertad individual del condenado, sino, fundamentalmente, la propia eficacia del poder punitivo del Estado y los principios que detrás de ella subyacen, como son el control y regulación de las conductas de acuerdo con ciertos valores y bienes jurídicos que se consideran dignos de ser tutelados.*

4. Tal como se puede apreciar, el Tribunal Constitucional, en su labor de Supremo Intérprete de norma fundamental, pone de relieve dos cosas: a) que toda prisión derivada de una omisión a la asistencia familiar es una restricción de la libertad individual permitida por la Constitución; b) que el incumplimiento del pago de una regla de conducta que desencadena la privación de la libertad, tampoco supone un supuesto de prisión por deudas .

5. En este orden de ideas, la posibilidad de dejar sin efecto una resolución que revoca la pena privativa de libertad suspendida haciéndola efectiva, ha quedado completamente descartada desde lo establecido por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema. En consecuencia, toda resolución que contraviene este mandato deviene en inconstitucional e ilegal, por lo cual, no existen por ser nulas al no fundarse en derecho dado que el mismo ya

ha sido claramente definido y aún así el juzgador ha resuelto de modo distinto.

6. A continuación, profundizaremos respecto a por qué son incorrectos los argumentos que esgrime para desconocer la prohibición de dejar sin efecto una revocación de pena suspendida.

7. El delito de omisión a la asistencia familiar es una excepción a la prisión por deudas. Esta es una conclusión fácilmente extraíble de lo ya señalado anteriormente por el Tribunal Constitucional y, más aún, del propio texto de la Constitución contenido en el literal "c" del inciso 24 del artículo 2 que al pie de la letra expresa: "No hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios".

8. La fase de ejecución penal, que inicia cuando el fallo condenatorio queda firme, abre una nueva etapa en la cual ya existe certeza sobre el derecho que se aplica a los hechos y las consecuencias jurídicas que se han desencadenado. En tanto nos encontramos ante un proceso penal, y en tanto se haya impuesto una pena privativa de libertad efectiva en su ejecución, la eficacia del fallo se presenta mediante el internamiento del sentenciado en un centro penitenciario.

9. Debido a que el tema que pone de relieve la sentencia impugnada es la eficacia de la decisión judicial firme, es menester diferenciar entre validez y eficacia. La validez exige que el acto procesal, en este caso la sentencia, se ajuste a derecho, cumpla con las exigencias legales y constitucionales. Por su parte, la eficacia se predica de la aptitud para causar efectos jurídicos. De allí que la sentencia emitida válidamente debe ser eficaz conforme lo manda el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado.

10. La Sala Penal Superior de Arequipa para superar este "obstáculo" sostuvo que la eficacia de la sentencia no se podía dar por cuanto la misma no se había realizado mediante la captura del sentenciado. En tanto éste último realizó el pago que adeudaba, la eficacia de la sentencia quedó desactivada. Devino en ineficaz por una causa sobreviniente.

11. Este argumento no es correcto pues dota de indefinición a una situación de facto que puede ser pasajera. En tanto la eficacia supone una aptitud, es decir una capacidad – potencia- y no un acto, el que no se haya capturado al procesado no supone que la sentencia sea incapaz de producir efectos. En consecuencia no nos encontramos ante un supuesto de ineficacia porque no se alude a una aptitud de la resolución, sino a una situación pasajera.

12. Si por otro lado, se quisiera sostener que la ineficacia de la sentencia condenatoria firme, estriba en que el procesado pagó la deuda que motivó a la citada resolución a fallar en su contra, estaríamos afirmando que la pena impuesta no es resultado de un delito cuya consecuencia jurídica es la pena privativa de libertad, sino de una obligación pecuniaria. Lo cual es a todas luces incorrecto pues, como todo delito, el procesado ha sido juzgado en sede penal con todas las garantías propias del derecho penal -principio de legalidad, presunción de inocencia, supuestos de descargo de la responsabilidad penal, etc.-

13. Más aun, el proceso penal al que fue sometido Supo Amanqui culminó imponiéndosele una pena privativa de libertad suspendida, sujeta a reglas de conducta. Una vez que este infringió una de esas reglas de conducta, reparar el daño causado, se le revocó la suspensión y la pena se hizo efectiva conforme al artículo 59 del Código Penal, no existiendo ninguna disposición que establezca la revocatoria de la revocatoria de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, vulnerándose el principio de legalidad con lo decidido en la resolución impugnada.

14. Lo que los juzgadores de primera y segunda instancia han intentado es asimilar la llamada "sustracción de la materia", que opera en el proceso civil -¡nc. 1 del art. 321 del Código Procesal Civil-, al proceso penal. Sin embargo para que opere esta institución, se requiere que se satisfaga aquello que será objeto de ejecución de sentencia sin la intervención del órgano jurisdiccional. Y aún en éste nivel de análisis del caso concreto, observamos que no es posible tal asimilación en tanto no se puede sustituir la pena privativa de libertad impuesta por otro medio diferente al internamiento del procesado en la prisión.

15. Lo que se ha sostenido hasta ahora no implica que no existan supuestos de ineficacia de la sentencia. Pero éstos obedecen a situaciones que hacen imposible su ejecución de modo permanente como ocurre si el sentenciado fallece o cuando prescribe la pena -art. 85 del Código Penal- sin que se le haya podido internar en un establecimiento penitenciario. Estos son auténticos casos de ineficacia de la sentencia en los cuales existen circunstancias que hacen imposible su ejecución de modo permanente.

16. En atención a lo expuesto podemos concluir que la ineficacia de la predica de una situación en la cual de ninguna manera podrá el fallo. Si se ha impuesto una pena privativa de libertad, la da que determine su ineficacia

tendrá que imposibilitar que se sentenciado en un establecimiento penitenciario.

17. En el presente caso, el sentenciado Dany Javier Supo Amanqui pagó su deuda alimentaria para con sus menores hijos. Ello de modo alguno imposibilita que se le interne en un establecimiento penitenciario. En consecuencia no podemos afirmar que exista un supuesto de ineficacia de la sentencia que revocó la pena suspendida.

18. El que se le niegue a este sentenciado la posibilidad de que se revoque la revocación de la pena suspendida parecería un exceso en tanto no cumplió con el pago que le fijó una regla de conducta. Específicamente aquella a la que se refiere el inciso 4 del artículo 58 del Código Penal . Esta es una situación que pareciera encubrir una prisión por deudas, más allá de lo que ya ha señalado el Tribunal Constitucional e indicamos con anterioridad.

19. Sin embargo es necesario señalar que nuestro ordenamiento indica que la revocación de la suspensión de la pena por no cumplir con una regla de conducta de índole pecuniario encuentra su excepción cuando el sentenciado acredita que no puede pagar o que lo está haciendo de modo fraccionado. Con lo cual se salva la razonabilidad de exigir el pago y de revocar la suspensión de la pena en caso de incumplimiento.

20. En el caso que nos ocupa, el procesado incumplió ese deber que tenía de reparar oportunamente los daños causados por el delito pagando las pensiones alimenticias que adeudaba y no cumplió con demostrar que en la imposibilidad de hacerlo o que cumpliría de modo o que cumpliría de modo fraccionado.

21. Por el contrario, incumplió con esa regla de conducta que se le había impuesto y, sin mayor justificación, solicitó dejar sin efecto la revocatoria. Como si se tratara de un total desprecio por el ordenamiento jurídico, incumplió sin mayor motivo. En esas circunstancias el ordenamiento no prevé otra solución sino la revocatoria de la suspensión de la pena privativa de libertad y su ejecución.

22. Esta solución no priva al sentenciado de mecanismos para poder mejorar su situación en esta nueva fase en la que se encuentra: la ejecución de la sentencia. Al haberse demostrado que los fundamentos que esgrimen tanto la sentencia de primera como de segunda instancia contravienen lo ya establecido y mandado por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, no se ajustan a derecho, habiendo dado cabida a una solicitud que carece de todo asidero legal.

251

§251. Absolución por insuficiencia probatoria

Recurso de Nulidad	3596-2014- SAN MARTÍN
Fecha	28 de setiembre de 2016
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Príncipe Trujillo.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo.
Disposiciones estudiadas	Art. 283 del C de PP,

RESUMEN:

Ante la insuficiencia de pruebas de cargos que demuestren la responsabilidad del procesado, al no haberse logrado enervar la presunción de inocencia que nuestra Constitución Política y el estado reconocen a todo justiciable; por consiguiente, corresponde aplicar lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 301, del Código de Procedimientos Penales.

FUNDAMENTOS

QUINTO: El Acuerdo Plenario N. ° 02-2005/CJ-116 establece que la libre apreciación razonada de la prueba, prevista en el artículo 283, del Código de Procedimientos Penales, reconoce al juez la potestad de otorgar él mismo el valor correspondiente a las pruebas sin directivas legales que lo predeterminen, pero siempre bajo exigencias de racionalidad, a fin de asegurar la vigencia de las garantías de un proceso penal constitucionalmente configurado. Así, al tratarse de la declaración de un testigo ha de verificarse, además de un relato coherente y sólido, la ausencia de la incredibilidad subjetiva en la incriminación, que pueda incidir en la deposición y, por ende, niegue aptitud para generar certeza.

SEXTO: En el presente caso, se aprecia en el parte N° 008-SEANDRO-PNP, transcrito en el atestado policial, que dio origen a la presente investigación, que la vivienda prevista para la intervención era la ubicada en la carretera Mashuyacu, del sector Democracia, en Rioja; la misma que pertenece a Osías Hernández Terrones, según lo consignado en su declaración de fojas doce. Bajo este tamiz, se tiene que Pacífico Hernández Terrones indicó en juicio Oral que el día de la intervención, a hora nueve de la noche, los policías le preguntaron por la ubicación de la drogas y si él era el conocido como "Oso", a lo que este indicó que tal persona era su hermano; por lo cual la policía intervino la vivienda de Osías, pero al no encontrar nada regresó al domicilio de Pacífico, donde se halló la mochila cuestionada.

SÉPTIMO: De ello se infiere que la policía no iba en busca del acusado Hernando Delgado Cubas, tampoco obra al respecto informe de inteligencia que acredite que se realizaba un seguimiento u operación de vigilancia contra el citado procesado.

Asimismo, se aprecia que las declaraciones de Pacífico y Osías Hernández Terrones son exculpatorias de responsabilidad, puesto que el primero es el dueño de la casa donde se halló la droga, mientras que el segundo era buscado por la Policía. De ser así, no se erigen pruebas con suficiencia para sustentar el juicio de condena determinado por el A quo, ya que se presentas visos de credibilidad, que las desnaturalizan.

OCTAVO: Para mayor documentación, se aprecia en el acta de registro domiciliario que Hernando Delgado Cubas no fue hallado en el lugar de la intervención ni se encontró documento de identificación o prendas que acrediten que el referido procesado residía, al menos temporalmente, en el lugar allanado. Por otro lado, se constata que, contrario a lo expuesto por la Fiscal Suprema, no obra notificación alguna dirigida al procesado Delgado Cubas durante el trámite de la investigación ni la instrucción. En efecto, recién mediante resolución N° 31, del veintinueve de diciembre de dos mil cinco, se ordenó que se recaben las generales de ley del encausado, a través del RENIEC. Así, obra su ficha de inscripción, en la cual se aprecia que el imputado Delgado Cubas declaró, el veintiocho de enero del año dos mil dos, vivir en el caserío de Santa Isabel, en el distrito de Cajaruro, de la provincia de Utcubamba. Asimismo, con el contrato de préstamo celebrado entre el representante de Caritas-Chachapoyas y el Comité de Desarrollo Local del Proyecto de Apicultura de Santa Isabel, promovido por Hernando Delgado Cubas, se verifica que al treinta de septiembre del año dos mil el encausado domiciliaba en el caserío de Santa Isabel. De lo anotado se

concluye que el recurrente permaneció en el domicilio declarado ante la autoridad administrativa, por lo menos desde el dos mil hasta el dos mil catorce, esto es, catorce años; por lo cual, no puede concluirse, como lo hizo la Fiscal Suprema, que este haya rehuido de la justicia, tanto más si tuvo conocimiento oportuno del presente proceso penal.

NOVENO: Ante la insuficiencia de pruebas de cargos que demuestren la responsabilidad del procesado Hernando Delgado Cubas, cabe optar por la absolución, al no haberse logrado enervar la presunción de inocencia que nuestra Constitución Política y el estado reconocen a todo justiciable; por consiguiente, corresponde aplicar lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 301, del Código de Procedimientos Penales.

252

§252. Motivación y causa de pedir

Casación	343-2018-MADRE DE DIOS
Fecha	12 de diciembre de 2018
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Barrios Alvarado, Sequeiros Vargas, Chávez Mella, Bermejo Ríos.
Disposiciones estudiadas	Art. 394 del NCPP.

RESUMEN:

1. El artículo 394 del Código Procesal Penal exige (i) una motivación clara, lógica y completa de los hechos objeto del debate, (ii) la valoración de la prueba con indicación del razonamiento justificativo, y (iii) precisión de los enjuiciamientos legales correspondientes; y, segundo, el artículo 393, apartado 2, del citado Código estipula que la valoración de la prueba respetará las reglas de la sana crítica, especialmente conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos. 2. En la sentencia de apelación el vicio de motivación incompleta o insuficiente se presentará cuando no se explican o razonan fundadamente una o algunas causas de pedir impugnativas o peticiones (en este último supuesto: clase de tutela impetrada), lo que, por cierto, afecta la garantía de tutela jurisdiccional. Si se trata de la causa de pedir (hechos jurídicos) debe existir un razonamiento acerca de un determinado fundamento jurídico, comprensivo de unos hechos y de un específico fundamento jurídico, y por ende, el Tribunal debe razonarlo puntualmente en orden a lo que se pide con relación a ese fundamento alegado. 3. El impugnante no denunció en apelación la violación de una norma procesal referida a la estructura interna de la sentencia de primera instancia causante de nulidad. En su recurso afirmó la infracción de determinadas normas que se refieren a la logicidad de la motivación

y a lo que dicha sentencia debe abordar para cumplir con enervar la presunción de inocencia (específicamente –en el sub-lite–, prueba inculpatoria fiable y suficiente, y racionalidad de la inferencia probatoria). Luego, el examen impugnativo debió abordar ambos extremos.

FUNDAMENTOS:

PRIMERO. Que, en principio, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 432, apartado 2, del Código Procesal Penal, "La competencia de la Sala Penal Suprema se ejerce sobre los errores jurídicos que contenga la resolución recurrida. Está sujeta de manera absoluta a los hechos legalmente comprobados y establecidos en la sentencia o auto recurridos".

Esta previsión legal significa que el recurso de casación se circunscribe a la *questio iuris*, por lo que no es posible un examen autónomo de la prueba actuada para arribar a una conclusión probatoria distinta de la alcanzada por el Tribunal de Mérito.

SEGUNDO. Que, ahora bien, cuando se trata de la denuncia casacional de vulneración de la garantía de motivación, corresponde analizar, en los términos del artículo 429, apartado 4, del Código Procesal Penal, si la sentencia se expidió (i) con falta de motivación o (ii) con manifiesta ilogicidad –esta disposición se refiere no a la forma, sino al contenido de la sentencia–, lo que importa reconocer que la motivación está sujeta a una serie de condicionamientos legales. Las previsiones del citado precepto procesal configuran un vicio in iuris que comprende tanto omisiones en aspectos sensibles del juicio histórico o del juicio jurídico o en errores graves en la inferencia probatoria, vulneradores de las reglas de la sana crítica judicial.

A este respecto, primero, el artículo 394 del Código Procesal Penal exige (i) una motivación clara, lógica y completa de los hechos objeto del debate, (ii) la valoración de la prueba con indicación del razonamiento justificativo, y

(iii) precisión de los enjuiciamientos legales correspondientes; y, segundo, el artículo 393, apartado 2, del citado Código estipula que la valoración de la prueba respetará las reglas de la sana crítica, especialmente conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos. La motivación exige, por consiguiente, expresar los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la interpretación y valoración de las pruebas, así como en la interpretación y aplicación del Derecho.

TERCERO. Que, asumido lo anterior, es posible identificar, por lo menos, cinco supuestos de vicios de la motivación, más allá de que se acepte que ésta puede ser escueta o sucinta siempre que sea suficientemente indicativa. Estos vicios podrían ser los siguientes: (i) en la motivación omitida –ausencia total de razonamientos en la sentencia–, lo que por cierto no es común–; (ii) en la motivación insuficiente –omisión parcial de la expresión de las razones que conducen al fallo o ausencia de motivación en determinados aspectos esenciales del juicio de hecho o de derecho–; (iii) en la motivación contradictoria –los motivos expresados por el juez resultan incompatibles o inconciliables entre sí, de forma que se anulan mutuamente–; (iv) en la motivación hipotética o dubitativa –suposición de hechos cuya realidad no está acreditada o sobre motivos que dejan planear una sombra de incertidumbre en torno a la exactitud de sus enunciados–; y, (v) en la motivación arbitraria –referida a errores graves en la inferencia probatoria, que colisionan con los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos–.

CUARTO. Que en la sentencia de apelación es evidente que el vicio de motivación incompleta o insuficiente se presentará cuando no se explican o razonan fundadamente una o algunas causas de pedir impugnativas o peticiones (en este último supuesto: clase de tutela impetrada), lo que, por cierto, afecta la garantía de tutela jurisdiccional. Si se trata de la causa de pedir (hechos jurídicos) debe existir un razonamiento acerca de un determinado fundamento jurídico, comprensivo de unos hechos y de un específico fundamento jurídico, y, por ende, el Tribunal debe razonarlo puntualmente en orden a lo que se pide con relación a ese fundamento alegado [Conforme: MONTERO-FLORS: Los recursos en el proceso civil, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 339].

QUINTO. Que el encausado Aniceto Anicama en su recurso de apelación de fojas ciento siete, de veintiuno de agosto de dos mil diecisiete, señaló que la sentencia de primera instancia realizó una mala y errada valoración probatoria, de suerte que no utilizó las reglas de la lógica, la sana crítica y la experiencia (sic) [las reglas de la sana crítica judicial, como se sabe, están constituidas por las leyes de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos: artículos 158, apartado 1, y 393, apartado 2, del Código]. Asimismo, apuntó que no existió certeza de que los vestigios materiales hallados en el cuerpo de la víctima (espermatozoides) le correspondan; que no existió persistencia en la incriminación; que, por ello, no se desvirtuó la presunción de inocencia y, al existir duda, debió absolvérsele.

En la audiencia de apelación de fojas ciento cuarenta, de veintiocho de noviembre de dos mil diecisiete, acotó que su apelación era de derecho e insistió en cuestionar la declaración hechos declarados probados de la sentencia de primera instancia, según lo indicado en el párrafo anterior.

El Tribunal Superior estimó que si la apelación es de derecho no se podía cuestionar el juicio de hecho –la apreciación de la prueba–, por lo que se limitó a examinar el aspecto formal de la sentencia recurrida, esto es, el juicio de validez (*error in procedendo*).

SEXTO. Que si se cuestiona la presencia de un defecto de motivación de la sentencia –en orden a la inferencia probatoria, es decir, si ésta tiene debido sustento en la sana crítica judicial–, y si además se objeta una inobservancia de las reglas de prueba y regla de juicio (in dubio pro reo) de la garantía de presunción de inocencia, en pureza, se afirma un *error iudicando*, de mala apreciación de una cuestión de hecho [Conforme: CAVANI, RENZO: Teoría impugnatoria, Editorial Palestra, Lima, 2018, p. 56].

El impugnante no denunció en apelación la violación de una norma procesal referida a la estructura interna de la sentencia de primera instancia causante de nulidad. En su recurso de apelación afirmó la infracción de determinados preceptos que se refieren a la logicidad de la motivación y a lo que dicha sentencia debe abordar para cumplir con enervar la presunción de inocencia (específicamente –en el sub-lite–, prueba inculpatoria fiable y suficiente, y racionalidad de la inferencia probatoria). Luego, el examen impugnativo debió abordar ambos extremos, más allá de que en apelación el Tribunal Superior puede realizar, con las limitaciones derivadas del principio de inmediación, un análisis autónomo de la prueba actuada y decidir en su consecuencia.

SÉPTIMO. Que si se exige un razonamiento explícito y suficiente acerca de un determinado fundamento jurídico, comprensivo de unos hechos –se hizo sufrir el acto sexual a una niña o no– y de un específico fundamento jurídico –se motivó o no lógicamente la sentencia y se cumplió o no con las reglas de la presunción de inocencia–, entonces, al no incorporar una respuesta judicial en orden a lo que se pidió con relación al fundamento alegado, se vulneró el derecho a la motivación, que integra la garantía genérica tutela jurisdiccional. La motivación fue incompleta o insuficiente.

El motivo de casación debe ampararse y así se declara.

253

§253. Falta de motivación y manifiesta ilogicidad

Casación	1382-2017-TUMBES
Fecha	10 de abril de 2019
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Figueroa Navarro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Figueroa Navarro, Príncipe Trujillo, Castañeda Espinoza, Sequeiros Vargas.
Disposiciones estudiadas	Art. 123 del NCPP

RESUMEN:

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

FUNDAMENTOS:

Motivación de resoluciones judiciales

OCTAVO. La debida motivación de las resoluciones judiciales es la garantía que tiene el justiciable frente a la posible arbitrariedad judicial. El debido proceso implica que las decisiones judiciales estén justificadas externa e internamente; esto es, que lo que se decida como consecuencia del proceso esté sustentado en razones coherentes, objetivas y suficientes, explicitadas en la resolución. Esta garantía se encuentra expresamente reconocida en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, según el cual es principio de la función jurisdiccional "La motivación escrita de las resoluciones judiciales, en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan". Queda claro,

entonces, que la motivación de las resoluciones judiciales: a) se aplica a todos los casos en que se deciden cuestiones de fondo, b) es un mandato dirigido a todos los jueces de las diversas instancias, c) implica la obligatoriedad de fundamentar jurídica (fundamentos de derecho) y fácticamente (fundamentos de hecho) la decisión y d) la motivación de decisiones judiciales de fondo debe hacerse por escrito.

NOVENO. La garantía de la motivación de las resoluciones judiciales ha sido materia de pronunciamiento en reiterada jurisprudencia, expedida tanto por esta Suprema Corte como por el Tribunal Constitucional. Así, en el Acuerdo Plenario número 06-2011/CJ-116, los jueces supremos integrantes de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el fundamento jurídico undécimo, expresaron lo siguiente:

> La motivación de las resoluciones es una exigencia constitucional específica reconocida por el artículo 139.5 de la Ley Fundamental [...]. La motivación, por cierto, puede ser escueta, concisa e incluso –en determinados ámbitos– por remisión. La suficiencia de la misma –analizada desde el caso concreto, no apriorísticamente– requerirá que el razonamiento que contenga, constituya lógica y jurídicamente, suficiente explicación, que permita conocer, aun de manera implícita, los criterios fácticos y jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión [sic].

En esta misma línea, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente número 00728-2008-PHC/TC, fundamento jurídico sexto, sostuvo lo siguiente:

> El derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones [...] deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. Sin embargo, la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios.

DÉCIMO. Ahora bien, en la citada sentencia, el Tribunal Constitucional estableció los siguientes supuestos de vulneración efectiva de la garantía de motivación de resoluciones judiciales:

a. Inexistencia de motivación o motivación aparente, se estará ante este supuesto cuando en la resolución judicial no se da cuenta de

las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o solo se intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.

b. Falta de motivación interna del razonamiento, esta se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión.

c. Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas, esto es, cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general en los casos difíciles, es decir, en aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas.

d. La motivación insuficiente. Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, no se trata de dar respuesta a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante si es que la ausencia de argumentos o la insuficiencia de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.

e. La motivación sustancialmente incongruente. El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal [...]. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco de debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de sentencia.

f. Motivaciones cualificadas. Resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afectan derechos fundamentales como el de la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del Juez o Tribunal.

Interpretación del numeral 4 del artículo 429 del Código Procesal Penal: "Falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor"

DECIMOPRIMERO. Dentro de las causales para interponer el recurso de casación, en el numeral 4 del artículo 429 del Código Procesal Penal, se establece la siguiente: "Si la sentencia o auto ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor". Esta causal tiene como fuente el literal e del artículo 606 del Código de Procedimientos Penales de Italia. En efecto, en dicho artículo se establece lo siguiente:

> **Artículo 606** (Causales del recurso)- 1. El recurso de casación puede ser planteado por los siguientes motivos: [...]
>
> **e)** Falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulta del texto de la resolución impugnada[181].

La recepción de la fuente italiana, en su exacto contenido literal, plantea algunas cuestiones que deben ser aclaradas. En principio, la norma presenta dos supuestos. El primer supuesto se refiere a la "falta de motivación". En tanto que el segundo supuesto alude a "la manifiesta ilogicidad en la motivación". Luego, en la medida que estas causales han sido tomadas, tal cual del ordenamiento procesal penal italiano, se ha introducido un neologismo: "ilogicidad" en la motivación. No existe en el Diccionario de la lengua de la Real Academia Española, un término como el traducido del italiano y que tiene, por lo demás, términos equivalentes en otras lenguas. Así, en el inglés se utiliza el término illogicality, y significa falta de

---

[181] "Art. 606 (Casi di ricorso) – 1. Il ricorso per cassazione può essere proposto per i seguenti motivi: [...]

e) mancanza o manifesta illogicità della motivazione, quando il vizio risulta dal testo del procedimento impugnato".

sentido o claridad en el razonamiento[182]. Igualmente, en el francés se encuentra el término illogicité, que significa contrario a la lógica, a la racionalidad[183]. En el alemán se usa el adjetivo unlogish para designar aquello que es contrario a la lógica[184]. Finalmente, en italiano se alude al sustantivo illogicità para designar el hecho de ser ilógico o la falta de logicidad. En sentido concreto, la ilogicidad es el razonamiento, discurso o acto ilógico[185].

DECIMOSEGUNDO. Ahora bien, en función de los diversos conceptos que se han dado al término ilogicidad, podríamos señalar que la ilogicidad es lo contrario a la lógica. A su vez, la lógica es el razonamiento intelectual en el que las ideas se manifiestan o se desarrollan de forma coherente, sin que haya contradicciones entre sí. Por tanto, la ilogicidad, en el ámbito de la garantía de la motivación de las resoluciones, podría ser definida como aquella –motivación– que es contraria al razonamiento coherente o libre de contradicciones6. En sentido opuesto, una motivación lógica es la que evidencia un razonamiento debidamente estructurado entre sus premisas y la conclusión. Es de considerar adicionalmente que la ilogicidad a la que alude el legislador debe tener una especial intensidad. El defecto de motivación por ilogicidad debe ser manifiesto; esto es, un vicio patente, claro, grosero, evidente. En este sentido, la Corte Suprema se ha pronunciado, señalando que la manifiesta ilogicidad de la motivación está centrada en revisar si el órgano jurisdiccional cometió algún error en su razonamiento o viola las reglas de la lógica, de modo que esta causa está directamente vinculada a la tutela del derecho y a la motivación de las resoluciones judiciales[186]. En el ámbito probatorio, la razonabilidad del juicio del juez, a efectos de un control casacional, descansa ya no en la interpretación de las pruebas o en su selección bajo la regla epistémica de relevancia, sino en la corrección de la inferencia aplicada. El enlace entre el elemento de prueba extraído del medio de prueba que da lugar a la conclusión

---

182 Lacking sense or clear, sound reasoning https://en.oxforddictionaries.com/definition/illogicality.

183 Contraire a la logique, a la rationalité. http://www.cnrtl.fr/definition/illogicit%C3%A9.

184 Il fatto di essere illogico, mancanza di logicità. In senso concr., ragionamento, discorso, atto illogicos.
http://www.treccani.it/vocabolario/ricerca/illogicit%C3%A0-/.

185 En el artículo 606 "e" del Código de Procedimientos Penales Italiano se ha introducido una modificación que precisa como otra variante de la causal relacionada con la motivación, cuando esta es contradictoria (contradittorietta).

186 Casación número 60-2010-La Libertad, del 19 de abril de 2011, fundamento jurídico tercero, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

probatoria, debe estar conforme con las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o las leyes o conocimientos científicos[187].

DECIMOCUARTO. Por otro lado, en cuanto a la **falta de motivación**, esta se encuentra relacionada a la ausencia absoluta del sustento racional que conduce al juzgador a tomar una decisión. En otras palabras, cuando no exista argumentación que fundamente la declaración de voluntad del juez en la resolución de un caso sometido a su competencia, por ejemplo: cuando se enumeren los medios de prueba en la sentencia, sin llegar a analizarlos. La mera enunciación, en rigor, no conduce a establecer una afirmación. Es el proceso intelectual de valoración el que viabiliza la acreditación de un suceso fáctico. Cabe precisar que existirá falta de motivación, también, cuando esta sea incompleta; esto es, cuando se eluda el examen de un aspecto central o trascendente de lo que es objeto del debate, el cual puede comprender la omisión de evaluación a una prueba esencial que acredite el injusto típico. En conclusión, a diferencia de la exigencia cualificada para el caso la ilogicidad en la motivación, en este supuesto, el legislador abarca como motivo casacional tanto la total falta de motivación como la insuficiencia de motivación.

DECIMOQUINTO. Este supuesto guarda relación con lo que el Tribunal Constitucional ha llamado **Inexistencia de motivación o motivación aparente**; esto es, cuando en la resolución no se da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o esta no responde a las alegaciones de las partes del proceso o solo se intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico. Este Tribunal Supremo, en el Recurso de Casación número 1313-2017-Arequipa, del veintinueve de mayo de dos mil dieciocho, fundamento jurídico 5.2., precisó que la motivación es aparente cuando la resolución incorpora razonamientos impertinentes sobre los puntos materia de imputación o de descargo (objeto del debate), o introduce razonamientos vagos, genéricos o imprecisos, al punto de que no explique la causal de su convicción. Es decir, cuando se advierta que del propio tenor de la resolución se evidencie falta de motivación, el recurso de casación ha de ser estimado.

DECIMOSEXTO. Finalmente, en ambos supuestos, el vicio debe resultar del propio tenor de la resolución, esto es, del propio contenido de lo expuesto por el juzgador en la resolución, al momento de resolver un caso. La determinación de la falta de motivación o su manifiesta ilogicidad debe evidenciarse con la sola

---

[187] Casación número 482-2016-Cusco, del 23 de marzo de 2017, fundamento jurídico sexto, Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

lectura de la decisión cuestionada, y no ser producto de una interpretación o del examen de los acompañados o recaudos. La identificación del vicio debe sujetarse a la literalidad del texto.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Decimoséptimo. La casación ordinaria, interpuesta por la parte civil, fue bien concedida por vulneración al inciso 4 del artículo 429 del Código Procesal Penal: "Si la sentencia o auto ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor". Al respecto, corresponde evaluar entonces, si la sentencia de vista del ocho de agosto de dos mil diecisiete (foja 288), recurrida en casación, vulnera el precepto legal antes acotado. Así, en el rubro "Análisis del caso", la Sala Penal Superior llegó a la conclusión de que se encontraba acreditada la materialidad del delito. En este aspecto, se afirmó lo siguiente:

A nuestra consideración, analizadas de manera individual y conjunta la prueba actuada, se ha logrado establecer de manera cierta que con motivo de los hechos materia de la presente investigación se ha encontrado droga, conclusión a la que se arriba teniendo en cuenta esencialmente el acta de allanamiento; el acta de embalaje y lacrado de droga; resultado preliminar de pericia química. Por tanto, podemos afirmar que hay prueba suficiente de la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas, pues se ha determinado el tipo de droga y el peso de la misma a través de prueba pertinente.

DECIMOCTAVO. Al respecto, pese a que se señaló que el acta de allanamiento (que describía la diligencia de allanamiento del inmueble de la encausada con participación del Ministerio Público) ponía en evidencia el hallazgo de la droga encontrada en la casa materia de intervención y, por tanto, la existencia de la materialidad del delito. La Sala Superior, luego, analizando la obligatoriedad o no de la grabación de las diligencias, descartó dicho medio de prueba, alegando que la diligencia de allanamiento no fue grabada, restándole calidad de prueba a dicha acta, pese a que de sus propios fundamentos afirmaban que "ni la norma procesal ni el indicado protocolo obligan a grabar en video dicha diligencia"; lo que constituye una clara ilogicidad en la motivación.

DECIMONOVENO. Por otro lado, conforme se ha descrito líneas antes, otro elemento que sirvió para concluir por la existencia de la materialidad del delito fue el acta de embalaje y lacrado de droga; sin embargo, este también fue materia de cuestionamiento por la Sala Superior:

Efectivamente el acta existe; sin embargo, es de anotar que ello constituye una actuación posterior, que se realiza luego de realizarse el descarte de la droga, que es una prueba de campo y que en este caso, no se realizó de inmediato en el inmueble, sino en horas después.

Adicionalmente, no se ha realizado la cadena de custodia de las sustancias presuntamente encontradas en la vivienda allanada, lo cual conlleva a la incertidumbre de que las muestras luego sometidas a los reactivos corresponda a las halladas en la vivienda [sic].

Esto es, primero indica, de forma válida, que el acta de embalaje y lacrado de droga (foja 41) establece de manera cierta el hallazgo de droga, medio de prueba contiene la descripción de las muestras que se sometieron a examen, cuyo resultado fue positivo para alcaloide de cocaína, dejándose expresa constancia del lacrado de las muestras, siendo firmado por el fiscal y la defensa de los imputados; empero, luego lo cuestiona, indicando que no se "realizó la cadena de custodia [sic]", lo que conlleva a la incertidumbre de las muestras sometidas a los reactivos, objetando con ello también el resultado preliminar de pericia química –señalada en la propia sentencia de vista–, que arroja clorhidrato de cocaína para las muestras analizadas. Por tanto, se evidencia un razonamiento completamente ilógico.

VIGÉSIMO. Por otro lado, en cuanto a la vinculación de la droga incautada con la encausada Edith del Pilar Izquierdo Sierra, la Sala Penal Superior analizó: i) el acta de allanamiento, registro domiciliario, incautación de dinero, especies y sustancias; ii) los informes de inteligencia de la Policía Nacional del Perú; iii) el CD que contiene la grabación del video; y iv) las actas de embalaje y lacrado de droga. Al respecto, el Colegiado Superior llegó a afirmar que el acta de allanamiento "acredita que la Policía Nacional ingresó al inmueble con previa orden judicial; además, acredita quiénes participan de la diligencia y quiénes fueron encontrados en el interior del inmueble". Así mismo, señaló lo siguiente:

Pone en evidencia –entre otras cosas– en una habitación había una cama con un colchón y sábanas, y que al levantar el colchón se encontró una bolsa de polietileno, entre el colchón y las tablas, la misma que contenía cinco bolsas de polietileno, pequeñas conteniendo sustancias blancas, pulverulentas que presentan grumos al ser palpada. Así mismo, que en otra área se halló igualmente debajo del colchón una bolsita de polietileno conteniendo tres envoltorios de papel tipo kete con una sustancia blanca con olor y características a pasta básica.

A pesar de haber afirmado la existencia de elementos de prueba, la Sala Penal Superior no llegó a analizar, como elementos que vincularían a la encausada con la droga incautada en el inmueble allanado, una serie de medios de prueba

glosados en la sentencia de primera instancia, y que fueron admitidos para su actuación en juicio oral. Es de señalar, además, que la impugnación de la parte civil y del Ministerio Público versaba sobre vicios en la motivación de los medios de prueba, que fueron ofrecidos para acreditar los hechos imputados, tales como:

Testimonial en juicio del policía Jonathan Castillo Gonzales, participante del allanamiento de la casa de la encausada, quien dio detalles del mismo y señaló los lugares donde se encontró la droga incautada, con presencia fiscal y autorización del juez competente.

Dictamen Pericial número 65-2016, practicado a la encausada, el cual determinó que en la muestra de sarro ungueal, en ambas manos, se presentó cocaína.

Declaración en juicio del perito Eloy Eligio Flores de la Cruz, quien ratificó la pericia que determinó que en las manos de la encausada se halló restos de cocaína en el sarro ungueal.

Testimonial en juicio del policía Manuel Reyes Albújar, quien participó en el allanamiento a la vivienda de la encausada con presencia fiscal y autorización del juez competente. Dio detalles de la intervención y firmó el acta de allanamiento, registro domiciliario, incautación de dinero, especies y sustancias, en que se dejó constancia del hallazgo de la droga en la casa de la encausada.

Indicio de capacidad para delinquir, en la medida en que la encausada tiene antecedentes por tráfico ilícito de drogas, pues fue condenada a siete años de pena privativa de libertad.

Al respecto, lo anterior constituye falta de motivación en su vertiente de motivación incompleta, en la medida en que se ha eludido el examen de los medios de prueba antes acotados, trascedentes para la dilucidación de la vinculación de la droga incautada con la encausada absuelta.

VIGESIMOPRIMERO. Cabe precisar que estos defectos en la motivación no solo se evidencian en la sentencia de vista emitida por el Colegiado Superior, sino que también se pueden apreciar en la sentencia de primera instancia. En efecto, en dicha sentencia se llegó a consignar y describir el aporte de los medios de prueba incorporados a juicio oral, conforme se desprende del rubro "Medios de prueba incorporados válidamente al juicio oral", estos son los siguientes:

i. Declaración en juicio de la encausada Edith del Pilar Izquierdo Sierra.

ii. Testimonial del policía Jonathan Castillo Gonzales.

iii. Testimonial del policía Manuel Reyes Albújar.

iv. Ratificación del perito Johnny Cotrina Alcántara, respecto al Informe Pericial de Droga número 3963/16.

v. Testimonial de Besle Francisco Luna Zapata.

vi. Declaración del perito Eloy Eligio Flores de la Cruz, respecto al Dictamen Pericial número 65-2016, practicado a la encausada.

vii. Informe de Inteligencia número 09-2016.

viii. Acta de allanamiento, registro domiciliario, incautación de dinero, especies y sustancias.

ix. Acta de registro personal de la encausada.

x. Informe de Inteligencia número 13-2016.

xi. CD que contiene imágenes de la labor plasmada en el Informe 13-2016.

Ahora bien, pese a ello, el Colegiado de primera instancia basó sus argumentos en el cuestionamiento de los Informes de Inteligencia número 09-2016 y número 13-2016, y concluyó que estos no se encuentran corroborados, sin ponderar de manera conjunta los medios de prueba antes acotados. Al respecto, se debe indicar que los informes de inteligencia efectuados por la Policía, per se, son documentos que sirven como indicadores de la presunta comisión de un delito y pueden ser utilizados para dictar medidas cautelares de carácter real o personal, posibilitando la obtención de medios de prueba (en el caso concreto, sirvieron para que se dicte la orden de allanamiento). En este contexto, los que tendrían que haber sido objeto de análisis a profundidad no debieron ser los informes de inteligencia, sino los medios de prueba obtenidos como consecuencia de estos, que fueron válidamente incorporados a juicio oral; extremo en el que se aprecia falta de motivación, en su vertiente de motivación incompleta.

VIGESIMOSEGUNDO. Cabe acotar que, en cuanto a la naturaleza de los informes de inteligencia, el Colegiado de primera instancia no tiene un concepto uniforme. Así, en un principio, indicó: "Sobre el informe de inteligencia Nº 09-2016, a criterio de este Juzgado Colegiado debe ser considerado como un acto de investigación, en tanto los hechos afirmados no hayan sido materia de corroboración [...]". Luego, afirmó: "Sin perjuicio de ello se pasará a evaluar el contenido del informe y determinar la deficiencia de los mismos, sin dejar de mencionar su inconducencia, lo que impide tomarla como prueba pre-constituida [sic]". Para, después, señalar lo siguiente:

Si bien los informes de inteligencia pueden ser considerados prueba documental, y son importantes en tanto dan a conocer al órgano jurisdiccional conocimientos que no fueron constatados de manera directa por este órgano, obviamente tampoco son vinculantes si no se encuentra rodeada de elementos objetivos que den certeza de su contenido [...].

En este sentido, del propio texto de la sentencia de primera instancia se desprende un claro defecto lógico en la motivación, respecto a la naturaleza de los informes de inteligencia, en tanto que, en un inicio, se indicó que los informes de inteligencia deben ser considerados como actos de investigación, para, luego, señalar que son inconducentes y que no pueden ser tomados como prueba preconstituida, y que pueden ser considerados prueba documental y son importantes, si son corroborados.

Este defecto en la motivación ocasionó que no se puedan valorar, de manera adecuada, los medios de prueba incorporados descritos con anterioridad, que guardan relación con el esclarecimiento de los hechos.

VIGESIMOTERCERO. Por otro lado, el Colegiado de primera instancia ha señaló como hecho no probado lo siguiente: "No ha quedado acreditado que la cocaína haya sido encontrada en el domicilio de la procesada, en tanto el único testigo de este hecho es el oficial Castillo Gonzales [sic] y su versión no cumple con el Acuerdo Plenario 02-2005/CJ-116". Respecto a esta afirmación, el Colegiado, analizando los parámetros del citado acuerdo plenario, señaló, respecto a la **incredibilidad subjetiva**: "El efectivo policial Castillo Gonzales al momento de declarar no mostró sentimientos de animadversión, odio, encono u otro encaminado a perjudicar a la procesada Izquierdo Sierra, por consiguiente el primer presupuesto se cumple".

Sin embargo, analizando el parámetro de ***verosimilitud***, precisa:

Su actuación desde el inicio del presente proceso ha carecido de objetividad en tanto se puede afirmar por la falta de medios de prueba, que o aportado para la elaboración del informe Nº 09-2016, **se sustentó en elementos subjetivos y cuestiones personales, conociendo a la procesada desde años anteriores por haberla intervenido por el delito de tráfico ilícito de drogas.**

Este nunca informó a su comando sobre la existencia de la supuesta conducta ilícita de la procesada, bajo la justificación de no laborar en la división antidrogas de la Policía Nacional, y **es solo cuando reingresa a esta unidad en la que inmediatamente procede a efectuar trabajo de inteligencia destinado a la detención de la procesada**, basándose en sus antecedentes para sustentar su imputación, algo que el Código Penal prohíbe.

De lo antes descrito, se advierte claramente ilogicidad en la motivación, en tanto que, en un principio, se afirma que no existe incredibilidad subjetiva; sin embargo, luego se señala que el informe elaborado por el citado policía se sustentó en elementos subjetivos y cuestiones personales.

VIGESIMOCUARTO. Cabe precisar que, en cuanto a la afirmación de que no ha quedado acreditado que la cocaína haya sido encontrada en el domicilio de la procesada, el Colegiado de primera instancia no ha tomado en cuenta el acta de allanamiento, registro domiciliario, incautación de dinero, especies y sustancias, efectuada en presencia del Ministerio Público; las testimoniales en juicio de los efectivos policiales intervinientes Jonathan Castillo Gonzales y Manuel Reyes Albújar. A su vez, no se ha tomado en cuenta la declaración en juicio del perito Eloy Eligio Flores de la Cruz respecto al Dictamen Pericial número 65-2016, practicado a la encausada en ambas manos, el cual determinó que en la muestra de sarro ungueal presentó cocaína; medios de prueba que no han sido materia de análisis de manera conjunta –a pesar de haber sido glosados en la propia sentencia-. Por tanto, se evidencia falta de motivación en su vertiente de motivación incompleta, pues no es posible que este vicio sea subsanado en un pronunciamiento de segunda instancia.

VIGESIMOQUINTO. En este sentido, conforme a lo expuesto en los considerandos precedentes, corresponde casar la decisión venida en grado, de acuerdo a la causal prevista en el inciso 4 del artículo 429 del Código Procesal Penal, al evidenciarse que las sentencias de primera y segunda instancia han sido expedidas con falta de motivación y manifiesta ilogicidad de la motivación. En este contexto, conforme la competencia de este Supremo Tribunal –estipulada en el artículo 433, inciso 1, del Código Procesal Penal–, resulta necesario que se lleve a cabo un nuevo juicio oral por otro Colegiado, en el que se debe realizar un estudio minucioso del caso, valorar debidamente cada uno de los medios de prueba directos e indirectos generados en el presente proceso y adoptar una decisión debidamente motivada, recurriendo para ello, de ser necesario, a la jurisprudencia emitida por esta Corte Suprema, en relación a la valoración de declaraciones testimoniales y motivación en materia de prueba indiciaria.

254

§254. Motivación insuficiente como causal de nulidad de condena

Recurso de nulidad	883-2018-LIMA
Fecha	19 de marzo de 2019
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Prado Saldarriaga.
Jueces Supremos	Prado Saldarriaga, Quintanilla Chacón, Castañeda Otsu, Pacheco Huancas.
Disposiciones estudiadas	Art. 14 del CP

RESUMEN:

El Tribunal de Instancia incurre en causal de nulidad cuando no dispone la realización de las diligencias necesarias para establecer la responsabilidad o no del procesado en el hecho delictivo imputado.

FUNDAMENTOS:

TERCERO. Del análisis de autos y los términos del recurso impugnativo, se advierte que los magistrados de la Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel, de la Corte Superior de Justicia de Lima, no realizaron una debida apreciación de los hechos atribuidos al encausado Raúl Alfredo Binasco Carnero; ni compulsaron de forma apropiada los medios de prueba que obran en autos; además, no realizaron diligencias importantes para establecer su inocencia o responsabilidad en el delito imputado.

CUARTO. En efecto, el Tribunal de Instancia, para justificar el extremo condenatorio de la sentencia impugnada (ver considerando jurídico VII: Valoración), esgrimió una motivación insuficiente, pues argumentó que: a) El testigo Harold André Flores Montero brindó detalles de la vestimenta con la que

vio al encausado Binasco Carnero el día del asalto, las cuales concordaban con las de las imágenes captadas por la cámara de seguridad. b) El estudio antropológico físico arrojó un estándar de probabilidad mayor al setenta por ciento para concluir que el sujeto del video es el encausado Binasco Carnero. c) El encausado viajó a Argentina al día siguiente de producido el atraco. Aunado a ello, se tiene que el Colegiado Superior no dispuso la realización de otras diligencias importantes para establecer válidamente la inocencia o responsabilidad del encausado Binasco Carnero en el delito imputado.

QUINTO. Al respecto, se advierte que el Colegiado Superior incurrió en causal de nulidad insubsanable prevista en el inciso uno, del artículo doscientos noventa y ocho, del Código de Procedimientos Penales, al no haber motivado adecuadamente cuáles serían los elementos de prueba que acreditarían la comisión del ilícito penal (robo con agravantes, previsto en el artículo ciento ochenta y ocho; en concordancia con los incisos tres y cuatro, del primer párrafo, e inciso uno, del segundo párrafo, del artículo ciento ochenta y nueve, del Código Penal) atribuido al recurrente, con lo que se infringió la garantía prevista en el inciso cinco, del artículo ciento treinta y nueve, de la Constitución Política del Estado; puesto que:

i) No se estableció si el testimonio de Harold André Flores Montero fue brindado con o sin animadversión en contra del encausado Binasco Carnero, por haber mantenido una relación sentimental con su anterior pareja. Máxime si este no mantiene una versión uniforme en la secuela del proceso penal.

ii) Las conclusiones arribadas en el Informe Antropológico Forense número dos cero uno seis cero cero nueve cero cero cero cinco cinco cinco no fueron sometidas a debate pericial con el Informe Técnico de Parte.

iii) No se ha establecido bajo qué circunstancias viajó el encausado Binasco Carnero a Argentina un día después del evento delictivo, ni tampoco los medios de los que dispuso para trasladarse.

SEXTO. En tal sentido, es necesario que se lleve a cabo un nuevo juicio oral, en el que se recabarán: a) La versión de Ana Belén Márquez Palomino, quien deberá informar al Tribunal si mantuvo una relación sentimental con el encausado Binasco Carnero, posterior a su relación con el testigo Harold André Flores Montero; asimismo, de ser necesario se practicará una confrontación con los citados sujetos a fin de establecer la existencia de una rencilla entre ambos.

b) La versión de Harold André Flores Montero, quien informará al Tribunal respecto de si sus declaraciones y reconocimientos primigenios fueron vertidos por una animadversión en contra del encausado Binasco Carnero. c) Un debate pericial entre los peritos que elaboraron el Informe Antropológico Forense (foja setecientos cincuenta y uno) y el Informe de Técnico de Parte (foja mil doscientos treinta y ocho) para establecer el grado de correspondencia entre el sujeto que aparece en las imágenes captadas el día del atraco y el encausado Binasco Carnero. d) Las versiones de Carlos Roberto Donayre Benavides y Luis Leandro Bermúdez Sullón, quienes ratificarán, ante el Tribunal, el reconocimiento que hicieron a nivel preliminar del encausado como "Alfredito". e) La versión del SOT1 PNP David Efraín Zevallos Mayta, quien brindará detalles al Tribunal respecto a los datos que recibió producto del cruce de información y entrevistas que tuvo con informantes para dar con el apelativo

"Alfredito" y que este había participado efectivamente en el atraco de la calle Capón.

SÉPTIMO. Por tanto, de conformidad con la facultad conferida en el último párrafo, del artículo trescientos uno, del Código Adjetivo, es de rigor rescindir la sentencia recurrida, en el extremo que condenó a Binasco Carnero y disponer que en un nuevo contradictorio, dirigido por otro Colegiado, se realicen las anotadas diligencias y las demás necesarias para el esclarecimiento cabal de los hechos.

Octavo. En cuanto a la situación jurídica del encausado Binasco Carnero, este Supremo Tribunal advierte que el plazo de la prisión preventiva se encuentra vencido conforme al artículo doscientos setenta y tres, del Código Procesal Penal ya que mediante resolución emitida en la audiencia del catorce de noviembre de dos mil diecisiete, de fojas mil doscientos cuarenta y cuatro se dispuso la ampliación de la prisión preventiva por el término de dos meses. En consecuencia, corresponde otorgarle la libertad con las restricciones que establece el artículo doscientos ochenta y ocho, del Código Procesal Penal.

14. RECURSO DE APELACIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

255

§255. La impugnación por la nulidad por vicios procesales

Casación	229-2015-LIMA
Fecha	10 de noviembre de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponentes	Neyra Flores.
Jueces Supremos	Villa Stein, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Príncipe Trujillo, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 405° y 416° del NCPP

RESUMEN:

La impugnación por la nulidad por vicios procesales debió entenderse extensivamente como impugnación de la reparación civil en los delitos de peligro.

FUNDAMENTOS:

DÉCIMO QUINTO: Siendo importante para admitir el recurso, la expresión de agravios y su debida fundamentación, su inadmisibilidad por esta causa no puede basarse en meras formalidades como esté expresamente consignada en la sumilla, pues si puede desprenderse de los fundamentos del escrito, se cumplió este requisito, lo que debe considerarse para no afectar el derecho al recurso. La lectura de la fundamentación del recurso debe seguir las reglas de la lógica: no contradicción, razón suficiente, identidad, etc.

DÉCIMO SÉPTIMO: Entonces, a impugnar la suficiencia de la resolución por vicio procesal, por lógica no puede dejarse firme una sentencia con

posibles vicios hasta que se pronuncie la segunda instancia definitivamente sobre este punto, pues podría existir la incoherencia de declararse nula la condena y pena, de la que deriva la reparación civil y esta subsistir. De ahí que deba analizarse esto al momento de leer el recurso para establecer su es que el petitorio de nulidad de la sentencia implica suficiencia del extremo de la reparación civil.

DÉCIMO OCTAVO: En este caso se trata del delito de tráfico de influencias simulado, que es un delito de peligro. Los delitos pueden dividirse en dos: de resultado de peligro.

VIGÉSIMO: En los delitos de peligro la sala presencia del hecho típico supone una amenaza más o menos intensa para el objeto de la acción. Por ende, no existe resultado que genere un daño emergente, lucro cesante u otro.

VIGÉSIMO PRIMERO: No obstante el Acuerdo Plenario número seis-dos mil seis/CJ-ciento dieciséis [fundamento decimo], señala que cabe la posibilidad que exista reparación civil en los delitos de peligro, pues se produce una alteración del ordenamiento jurídico con entidad suficiente, según los casos, para ocasionar daños civiles, sobre el que obviamente incide el interés tutelado por la norma penal –que, por lo general y que siempre sea así, es de carácter supraindividual--. Esta delictiva alteración o perturbación del ordenamiento jurídico se debe procurar restablecer, así como los efectos que directa o causalmente ha ocasionado su comisión [el daño como consecuencia directa y necesaria del hecho delictivo].

VIGÉSIMO SEGUNDO: Entonces, la reparación civil se logrará si se acredita la comisión del hecho punible. En el presente caso, al ser un delito de peligro, su reparación está subordinada a la existencia del delito que se cuestiona por afectación por vicios procesales, de ahí que la impugnación por la nulidad debió entenderse extensivamente como impugnación de la reparación civil.

VIGÉSIMO QUINTO: Entonces, el invocar que el hecho imputado no es delito por falta de antijuricidad –al existir la causa de justificación que los hechos que se le imputan al procesado se realizaron en ejercicio de actos de abogacía-, supone, en determinados casos, que la conducta no ha causado ningún tipo de daño en el ordenamiento jurídico. De ahí que el juzgado debió haber hecho un razonamiento sobre si la alegación de justificación de la defensa involucrada también sobre la existencia de daño civil.

256

§256. La condena del absuelto: Reglas para el pronunciamiento en segunda instancia

Casación	722-2014-TUMBES
Fecha	18 de mayo de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Neyra Flores.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Inc. 2 del art. 425 del NCPP.

RESUMEN:

En consecuencia, el consenso de la doctrina jurisprudencial establece que frente a una sentencia de vista que revoca una absolutoria de primera instancia, condenado al absuelto; corresponde ***declarar nulas ambas, ordenando se lleve a cabo un nuevo juicio oral****, en primera instancia, para salvaguardar e derecho al recurso del procesado; y por tanto, la decisión de su sentencia por un tribunal superior, respetando de esta manera la normativa nacional e internacional.*

FUNDAMENTOS:

PRIMERO. Conforme fue establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas cuarenta y uno del cuaderno de casación, del quince de mayo de dos mil quince, el motivo de casación admitido es: Vulneración de garantías constitucionales de carácter procesal-Derecho al recurso. Debido a que se habría afectado el derecho a recurrir la sentencia de segunda instancia del encausado Luis Fernando Ángeles Arista, vía recurso de apelación, pues en primera instancia se le absolvió, pero en segunda se le condenó, siendo esta la primera vez que se le condena y no existe posibilidad de recurrir esta decisión, en cuanto al fondo del asunto, existiendo posiciones disímiles en la jurisprudencia sobre la resolución de este problema, por lo que merece ser evaluado.

II. Del motivo casacional. Vulneración de garantías constitucionales de carácter procesal- Derecho al recurso.

Vicente Gimeno Sendra postula que en el ámbito penal, el derecho a los recursos se encuentra previsto en el inciso uno del artículo dos del Protocolo Adicional número siete, del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y el inciso cinco del artículo catorce del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de Nueva York, en virtud del cual, "toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior según lo prescrito por la Ley".

TERCERO. Al respecto, el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas del veinte de julio del dos mil, señala que no se dio al condenado la oportunidad del doble grado penal, disponiéndose en el inciso uno de su párrafo once, lo siguiente: "[...] El Comité concluye que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente [...] limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo cinco, artículo catorce del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena [...]"; asimismo, el párrafo trece señala: "[...] De conformidad con el apartado a) del párrafo tres, del artículo dos del Pacto, el autor tiene derecho a un recurso efectivo. La condena del autor debe ser desestimada salvo que sea revisada de acuerdo con los requisitos exigidos por el párrafo cinco, del artículo catorce del Pacto. El Estado parte tiene la obligación de tomar las disposiciones necesarias para que en lo sucesivo no ocurran violaciones parecidas [...]".

CUARTO. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Moham d vs. Argentina, sentencia del veintitrés de noviembre de dos mil doce se pronunció sobre el alcance del literal H, inciso dos del artículo ocho de la Convención Americana de Derechos Humanos con respecto a sentencias penales de condena emitidas al resolver un recurso contra la absolución; estableció que el derecho a recurrir el fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado, y que resulta contrario al propósito de ese derecho específico que no sea garantizado frente a quien es condenado mediante una sentencia que revoca una decisión absolutoria. Interpretar lo contrario, implicaría dejar al condenado desprovisto de un recurso contra la condena. La Corte refirió que el derecho de impugnar el fallo condenatorio busca proteger el derecho de defensa, y reiteró que el citado artículo se refiere a un recurso ordinario accesible y

eficaz, lo cual supone, que: Debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada; debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido; y las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente.

QUINTO. Cabe precisar que en la jurisprudencia nacional existían posiciones disímiles sobre la condena del absuelto, en virtud a que la configuración legal de nuestro sistema procesal penal -literal b), inciso tres, del artículo cuatrocientos veinticinco del Código Procesal Penal-, lo permite. No obstante, limita el derecho a recurrir del sentenciado, pues solo estaría habilitado como medio impugnatorio a interponerse contra dicha sentencia de vista el recurso de casación, el mismo que por su concepción tiene un carácter limitado a aspectos jurídicos y no fácticos y probatorios. Debiendo recurrir a la norma internacional -inciso cinco del artículo catorce del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de Nueva York- que manda de modo definitivo que cuando se verifica el presupuesto de hecho consistente en una sentencia condenatoria, la consecuencia jurídica es que esta se pueda cuestionar ante un tribunal superior; es decir, el procesado tiene derecho a impugnar el fallo condenatorio ante un tribunal superior.

SEXTO. Así las cosas, la Casación número ciento noventa y cuatro- dos mil catorce-Ancash, del veintisiete de mayo del dos mil quince, en los fundamentos cuatro punto doce y cuatro punto trece, establece: "[...]si nos encontramos ante un vicio determinado por la ausencia de un presupuesto procesal de existencia por no haber- por no existir- un órgano jurisdiccional capaz de revisar la condena del absuelto, la consecuencia jurídica que se desencadena es la nulidad por ser un vicio de proceder *(vicio in procedendo)*. Lo último que falta por determinar es el alcance de la nulidad, hasta donde se debe anular el proceso en donde se ha condenado en segunda instancia a quien fue absuelto en primera instancia. [...] con el fin de salvaguardar el derecho del condenado por un delito a recurrir el fallo, mientras no se implemente ninguna de las propuestas dadas por este Supremo Tribunal, corresponde anular el fallo condenatorio dictado en primera y segunda instancia, para que si en un nuevo juicio se le encontrara culpable del delito imputado, tenga la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria por medio de un recurso de apelación".

SÉPTIMO. La citada doctrina jurisprudencial vinculante fue acogida por la casación número quinientos cuarenta y dos-dos mil catorce-Tacna, del catorce de octubre del dos mil quince, que sostiene: "Ante una sentencia de vista que revoca

la sentencia absolutoria de primera instancia condenando al absuelto, donde este no cuenta con un recurso con las cualidades necesarias para garantizar su derecho a impugnar ese fallo condenatorio y tampoco existe una sala especializada que actúe como revisor de la sentencia condenatoria de segunda instancia, corresponde la anulación de todo el proceso hasta el inicio del juicio oral de primera instancia"; y por la reciente Casación número cuatrocientos cinco-dos mil catorce-Callao del diez de mayo de dos mil dieciséis.

OCTAVO. En consecuencia, el consenso de la doctrina jurisprudencial establece que frente a una sentencia de vista que revoca una absolutoria de primera instancia, condenando al absuelto; corresponde declarar nulas ambas, ordenando se lleve a cabo un nuevo juicio oral, en primera instancia, para salvaguardar el derecho al recurso del procesado; y por tanto, la revisión de su sentencia por un tribunal superior, respetando de esta manera la normativa nacional e internacional.

257

§257. Reglas para solucionar los casos de condena del absuelto

Casación	405-2014-CALLAO
Fecha	27 de abril de 2016
Procedencia	Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Villa Stein.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodriguez Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 425°, inciso 3, literal b del NCPP.

RESUMEN:

El tribunal de apelación no puede condenar al absuelto en primera instancia. Si detecta un error en la aplicación del derecho objetivo y/o procesal que ameritarían una condena, solo podrá anular el fallo de primera instancia a fin que se emita un nuevo pronunciamiento acorde a derecho.

FUNDAMENTOS:

I. *FUNDAMENTOS DEL SUPREMO TRIBUNAL.*

Tema a dilucidar

La posibilidad de condenar en segunda instancia a quien fue absuelto en la primera, conforme al artículo literal "b" del inciso tres del artículo cuatrocientos veinticinco del Nuevo Código Procesal Penal, a la luz de la normativa nacional y supranacional.

MOTIVO CASACIONAL: LA CONDENA DEL PROCESADO POR PARTE DEL TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTANCIA DESPUÉS DE HABER SIDO ABSUELTO POR EL JUZGADOR DE PRIMERA INSTANCIA

1. A la fecha en que es emitida esta sentencia casatoria, el tema de la condena del absuelto como facultad del tribunal de apelaciones para revocar la sentencia de primera instancia que absolvió al procesado y reformándola lo condena, ya ha sido objeto de pronunciamiento por parte de este Supremo Tribunal en las sentencias recaídas en la Casación N°385-2013- San Martín y la Casación N°195-2012-. Moquegua. Siendo sobre la base de las conclusiones ya alcanzadas que se desarrollará la doctrina jurisprudencial en este caso.

2. Así las cosas, se tiene que la línea jurisprudencial más reciente de este Supremo Tribunal en la Casación N° 385-2013- San Martín, del cinco de mayo de dos mil quince que ha sostenido

> *" Cabe hacer mención que la condena del absuelto despoja al condenado, que por primera vez en segunda instancia (es condenado), de su derecho a impugnar, pues el contenido del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos es claro al referir que la impugnación del fallo condenatorio no es una posibilidad ni una facultad sometida al poder discrecional de los órganos de justicia, sino que constituye un derecho reconocido al imputado".*

3. A esta solución se arribó en consonancia con la jurisprudencia y, esencialmente, con la normativa internacional que incide directamente sobre la condena del absuelto. En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - en adelante PIDCP - en el inciso quinto del artículo catorce reza:

> *Toda pe4rsona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.*

4. En la actualidad se sabe que las normas jurídicas pueden estar estructuradas como normas y como principios. La norma estructurada como principio es un mandato de optimización (Optimierungsgebote), mientras que la norma estructurada como regla es un mandato definitivo (definitive

Gebote), capaz de ser aplicado por subsunción por cuanto "obligan, prohíben o permiten algo en forma definitiva". Lo que esto implica es que las normas estructuradas como reglas obedecen a la estructura clásica de toda norma que contempla un presupuesto de hecho y una consecuencia jurídica.

5. Así las cosas, la norma internacional antes citada (Inc. 5 del Art. 14 del PIDCP es una regla en tanto manda de modo definitivo que cuando se verifica el presupuesto de hecho consistente en una declaración de responsabilidad penal (culpabilidad en palabras del PIDCP), una sentencia condenatoria, se desencadena una consecuencia jurídica consistente en que se pueda cuestionar, impugnar, esa condena ante un tribunal superior. En pocas palabras, el procesado tiene derecho a cuestionar el fallo condenatorio ante un tribunal superior.

6. En el fondo, no se debate si condenar en segunda instancia es posible, pues sí lo es, pero se exige que, si esa posibilidad existe, el condenado por primera vez en segunda instancia tenga a su disposición un recurso devolutivos donde el juzgador tenga facultades amplias de control. En esencia, se ha determinado que el derecho a la doble instancia, que gozan toda parte procesal, tiene un contenido especial en el caso de la parte que actúa como defensa. Dicho contenido es el derecho de impugnar el fallo condenatorio ante un tribunal superior que goce de amplias facultades de control.

7. En este escenario, alguien podría sostener que se garantiza ese derecho a la instancia plural de quien es condenado en segunda instancia mediante el recurso de casación. Sin embargo, esta posibilidad ya ha sido descartada en el fuero internacional y en el fuero nacional6 en tanto la casación es un recurso extraordinario, con finalidades específicas, limitado a las causales expresamente recogidas en la norma procesar y que además cuenta con vallas de procedencia establecidas por la ley. Y en consecuencia el tribunal de casación no goza de esas amplias facultades de revisión con las cuales debe contar el tribunal que revise el fallo condenatorio.

8. En este orden de ideas, la apelación es "el medio habilitado por el legislador para trasladar una resolución judicial de la primera a la segunda instancia, a través del cual el superior jerárquico a aquél que dictó la resolución impugnada puede revisar no solo los resultados del órgano inferior, sino también su actividad procesal". Si hemos descartado la posibilidad de considerar a la casación como el mecanismo impugnatorio idóneo para

lograr garantizar la pluralidad de instancias del condenado en segunda instancia, pese a haber sido absuelto en primera instancia, el recurso de apelación se muestra como un medio impugnatorio idóneo para lograr dicha finalidad.

9. El problema es que un recurso de las características necesarias para satisfacer las exigencias del inciso quinto del artículo catorce del PIDCP implicaría la posibilidad de apelar el fallo de segunda instancia que condena por primera vez a quien fue absuelto en primera instancia. Para remediar este problema se han propuesto dos soluciones contenidas en la casación N° 385-2013- San Martín en sus fundamentos jurídicos: cinco punto veintiséis (5.26) en el cual se propone la habilitación de salas revisoras en cada distrito judicial para que realicen el juicio de hecho y de derecho del condenado por primera vez en segunda instancia; y en el cinco punto veintisiete (5.27) es que se propone la habilitación de un medio impugnatorio adecuado para la condena del absuelto.

10. A la fecha de la presente sentencia, ninguna de las soluciones propuestas antes expuestas ha sido realizada. Consecuentemente, nos encontramos ante un vicio determinado por la ausencia de un presupuesto procesal de existencia por no haber -por no existir - un órgano jurisdiccional capaz de revisar la condena del absuelto, la consecuencia jurídica que se desencadena es la nulidad por ser un vicio en el proceder (*vicio in procedendo*). Lo último que falta por determinar es el alcance de la nulidad, hasta donde se debe anular el proceso en donde se ha condenado en segunda instancia a quien fue absuelto en primera instancia.

11. En atención a todo lo expuesto y con el fin de salvaguardar el derecho del condenado por un delito al recurrir el fallo, mientras no se implemente ninguna de las propuestas dadas por este Supremo Tribunal, corresponde anular los fallos dictados en primera y segunda instancia para que si en un nuevo juicio se le encontrara culpable del delito imputado, tenga la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria por medio de un recurso de apelación

258

§258. Valoración de la prueba en segunda instancia

Casación	96-2014-TACNA
Fecha	20 de abril de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Neyra Flores.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Fundamentos jurídicos vinculantes	5°, 6°, 8°, 9°, 12° y 13°

RESUMEN:

En este sistema la prueba personal debe valorarse, más que sobre la base de las emociones del declarante, sobre el testimonio del mismo, así se analiza: i) La coherencia de los relatos, empezando por la persistencia en su incriminación, sin contradicciones. ii) La contextualización del relato, es decir, que ofrezca detalles de un marco o ambiente en que se habrían desarrollado los hechos del relato. iii) Las corroboraciones periféricas, como otras declaraciones, hechos que sucedieran al mismo tiempo, etc. iv) Existencia de detalles oportunistas a favor del declarante.

En segunda instancia la falta de coherencia entre una declaración y otra debe ser analizada y valorada cuando se presente manifiesto error o la apreciación infrinja las reglas de la lógica, ciencia y máximas de la experiencia. De otra forma, se estaría revalorando la prueba y no un control de la valoración.

FUNDAMENTOS:

1. ***Aspectos generales*PRIMERO.** Como hechos imputados se tiene que el nueve de febrero, a las veintitrés horas, la agraviada estuvo libando licor en compañía del imputado con quien había tenido el año 2008 y 2009 una relación de enamorados. Sin embargo, por inmediaciones del Pub Rock and Roll, ubicado en el Pasaje Vigil-Tacna, al promediar la una con treinta horas, del diez de abril de dos mil once, decidieron abordar un taxi con la finalidad de dirigirse a la vivienda de la agraviada; sin embargo, el acusado aprovechando el estado en que ella se encontraba, desvió el recorrido del taxi, la llevó a un hotel ubicado a inmediaciones de la Plaza Grau, Cercado de Tacna, de nombre Costa Sur, una vez dentro de una de las habitaciones, aprovechando del estado etílico de la agraviada, se puso violento y agresivo porque no quería tener relaciones sexuales, comenzando a sacarle la ropa, llegando el extremo de arrancarle sus prendas íntimas y tirarla violentamente sobre la cama para abusar sexualmente de ella vía vaginal, previamente el imputado le agarraba de los brazos, se subía encima de esta, le abría las piernas con la mano y en seguida procedió a penetrarle con el pene en la vagina de forma violenta causándole dolor, no conforme con ello, el acusado sacó un arma de fuego amenazándola con matarla y matarse, luego, la volteó violentamente en la cama, boca abajo, es decir, de cúbito dorsal, la penetró por el ano causándole fuerte dolor, ocasionándole lesiones producto de la violencia. La retuvo en el lugar de los hechos hasta las seis horas para luego dejarla cerca a su domicilio.

SEGUNDO. El Juzgado Penal Colegiado condenó al procesado sobre la base que:

i) El debate se centró en si hubo violencia o amenaza y si el acusado aprovechó su condición de efectivo policial para cometer el delito.

ii) El acusado contaba con veintiún años, era policía, tenía una relación de enamorados con Ximena Valdivia Barrios, quien se encontraba embazada. La agraviada tenía veinte años, laboraba como radio operadora en la Empresa Taxi Torval desde las seis a las doce con treinta horas.

iii) Fueron enamorados en los años 2006 a 2008, pero la relación no era sólida, pues surgían rompimientos inesperados, por ello, el nueve de diciembre de dos mil once salieron nuevamente juntos, a pesar de que supuestamente habían terminado su relación.

iv) El acusado la llamaba constantemente, ante la insistencia salieron para conversar, fueron a un video pub, tomaron dos jarras de pisco sour, el acusado señala que ella estaba más consciente, ella indica que él quería seguir tomando, pero le dijo que no, porque se sentía mal, lo que es más creíble por su condición de mujer, la calidad del trago y la cantidad, en cambio, el acusado es efectivo policial joven, tiene vivencias sociales y cultura etílica sólida.

v) Sobre lo que ocurrió el diez de febrero de dos mil once:

a. la agraviada refiere que pidió la lleve a su casa, abordaron el taxi para su casa, luego recordó que estaba en las escaleras del hotel, cogida del barandal, apoyada a la pared, el acusado la acompañaba, luego ingresaron a un cuarto, él se puso violento, imagina que quería tener relaciones sexuales, se estaba sacando la ropa, ella le dijo que no quería tener relaciones sexuales, le arranchó el polo, sacó el pantalón, discutieron, forcejearon, no la dejaba salir, lloraba, le jaló de los brazos y tiró a la cama, se echó encima de ella, la besó, hubo penetración vaginal, forcejaron, pero no podía hacer nada pues era más fuerte que ella, el acusado le reclamaba que le había sacado la vuelta, luego de eso la volteó y se echó encima de ella y hubo penetración anal, sintió dolor, él le decía que iba a pasar, no podía salir de la habitación, el acusado tenía su ropa interior, cuando se aceraba a la puerta él la acorralaba, también la amenazó con su arma. Estuvieron en el hotel, a las seis de la mañana, la hizo subir a un taxi, llegó a su casa, abrió la puerta y su madre la vio llorando, se cambió y se fue a trabajar.

b. El acusado acepta que las relaciones sexuales fueron consentidas, siendo cierto que tuvieron una discusión aquella noche, pero debido a que la agraviada se enteró que tenía pareja y estaba embarazada.

c. Concluye la Sala que la existencia de una relación previa no lleva a dudar de la versión de la agraviada, pues el solo rompimiento no llevaría a denunciar falsamente a alguien. El argumento del acusado no es creíble, pues ya sabía de la existencia de la pareja del acusado.

vi) Sobre la existencia de violencia, la versión de la agraviada se corresponde con el peritaje médico legal del once de febrero, un día después de los hechos, que indica la existencia de: a) Lesiones traumáticas recientes, compatibles a compresión, sugilación y fricción. b) Signos de desfloración antigua. c) Signos de lesiones genitales recientes. d) Signos de actos

contranatura. Así como lo vertido por la perito. Esto desbarata la posición de la defensa de que las lesiones se causaron por un accidente anterior, que la agraviada señaló ocurrió hace seis meses. Como se registraron víctima y acusado en el hotel, la administradora no declara haber escuchado o visto, para no comprometer a su representada. Las lesiones no necesariamente deben localizarse en los glúteos, espalda o a nivel de la parte posterior del cuerpo, pero existen huella de comprensión que incluso dejaron impronta de dedos, además de una serie de lesiones en el brazo, antebrazo y codo, neutralizando los miembros superiores o inferiores de la víctima, que le sirven de defensa. Además, el acusado es más corpulento y ella estaba ebria.

vii) Las lesiones de la agraviada no provienen de una relación consentida, pues demuestran el uso de violencia para saciar su apetito sexual, que se nota desde la insistencia en salir con ella, llevarla a un lugar a tomar un licor fuerte, donde pidió dos jarras y viéndola mareada en vez de llevarla a su casa la conduce a un hostal, para tener acceso carnal, con quien horas antes se había reconciliado, valorando dicha conducta como una especie de castigo y venganza.

viii) La amenaza grave no fue efectiva para doblegar la voluntad de la víctima, lo efectivo fue el uso de la fuerza.

ix) La violencia dejó huellas en el aspecto psicológico de la agraviada, que concluye indicadores de abuso emocional compatible de estresor psicosexual.

x) El peritaje sobre la veracidad del testimonio de la agraviada, señala que presenta características de verosimilitud.

xi) La versión de la agraviada supera el requisito de la incredibilidad subjetiva y está corroborada con los exámenes físicos y psicológicos, sustentados en juicio.

xii) Se desestima la agravante por calidad del sujeto activo, miembro policial, pues se conocían y estaban vinculados sentimentalmente.

xiii) La agraviada justificó porque no hizo la denuncia inmediatamente después a la ocurrencia del hecho delictivo, además, posteriormente se retractó ante la presión de la familia del acusado, el veintiséis de abrió se reafirmó en su imputación.

xiv) El acusado, antes que la agraviada interponga su denuncia, por mensaje de texto le pide perdón y expresa su amor, al día siguiente la llama y dice que todo puede ser como antes y luego envía otros mensajes, donde le

piden que piense y que el daño está hecho, estos siguen el doce de febrero, incluso le escribe la hermana del acusado aceptando que le hicieron daño; luego ella recibió mensajes del padre y otros familiares para que se retracte de la denuncia.

xv) Su relato cumple con el Acuerdo Plenario 02-2005/CJ-116.

TERCERO. La Sala de Apelaciones para revocar la condena y absolver al acusado indicó que:

i) Las declaraciones prestadas por la agraviada presentan contradicciones en su relato fáctico:

a) Señala que salieron del local Pub a la una y media de la madrugada para abordar un taxi con destino a su domicilio, pero en su tercera declaración, efectuada meses después, refiere que se retiraron a las doce y media de la madrugada.

b) Sobre la supuesta grabación con la cámara celular que realiza el acusado de la agraviada, esta solo se señala en la tercera declaración, lo que no es lógico, pues el lapso transcurrido es de un día, por lo que brindar este tipo de detalles es importante, más cuando señaló que ese día se encontró con la pareja del acusado y con él para confrontarlo antes de poner la denuncia.

c) En la primera declaración refiere que luego que el acusado la penetrara vaginalmente, sacó un arma de fuego, le apuntó a la cabeza, diciéndole que la iba a matar y luego él se mataría, diciéndole que se voltee para tener relaciones vía anal, es decir, primero se realiza la amenaza y luego penetración anal, lo que difiere de su tercera declaración, donde dice que después de grabarla con el celular el acusado la penetró analmente y luego saca el arma de fuego.

ii) Existe contradicción sobre las horas de salida del local y la secuencia de hechos, en la primera declaración se omite detalles que son incorporados en la tercera declaración, lo que no es razonable, más si se considera la edad de la víctima, pues puede precisar la forma cómo ocurrieron los hechos y dar una declaración uniforme, estas contradicciones merman su coherencia y solidez, por lo que no existe verosimilitud.

iii) Como no es verosímil no se puede establecer si hubo consentimiento para mantener el contacto sexual.

iv) Las lesiones que presenta no desvirtúan el consentimiento, incluso podrían ser producto de una relación coital consentida, pues la forma de ejecución del acto depende de la voluntad de los intervinientes y las circunstancias que rodeen el acto, como estar bajo los efectos del alcohol.

v) El peritaje psicológico sobre verosimilitud no ha sido contrastado con la declaración que efectúa al denunciar el delito, solo señala que dichos relatos corroboran lo vertido en la primera pericia psicológica, por lo que no es relevante el aporte de esta prueba.

CUARTO. En su recurso de casación el Ministerio Público argumenta:

i) El inciso dos del artículo cuatrocientos veinticinco del Código Procesal Penal es claro sobre que la única posibilidad que tiene la Sala Superior para otorgar valor probatorio diferente a la declaración de la agraviada que fue objeto de inmediación por el juzgador es la actuación de prueba en segunda instancia, que ataque o cuestione el valor probatorio de la primera y no como pretende aplicar la Sala Superior la supuesta existencia de una zona opaca y otra abierta.

ii) El ad quem, luego de otorgar valor probatorio diferente ha vulnerado –o no ha cumplido– las reglas de valoración global de la prueba, pues no se valoró conjuntamente:

   a. El peritaje médico legal.

   b. Mensajes de celular.

   c. La declaración del imputado que acepta haber mandado mensajes.

   d. Peritaje psicológico que establece que el relato de la agraviada presenta características de verosimilitud.

   e. Las declaraciones de la madre de la agraviada.

iii) Por ello, la Corte Suprema debe emitir doctrina jurisprudencial sobre la correcta aplicación e interpretación del inciso dos del artículo cuatrocientos veinticinco del Código Procesal Penal.

2. *La valoración de la prueba personal*

QUINTO. En un sistema de sana crítica la valoración de la prueba no se deja librada a la íntima convicción del juez, al contrario, debe valorarla teniendo en consideración las circunstancias cambiantes locales y temporales, así como las particularidades del caso concreto, mediante una valoración razonada, la que debe

ser motivada, a través de criterios normativos que sirven al juez en una actitud prudente y objetiva con la finalidad de emitir juicios de valor.

SEXTO. En este sistema la prueba personal debe valorarse, más que sobre la base de las emociones del declarante, sobre el testimonio del mismo, así se analiza:

i) La coherencia de los relatos, empezando por la persistencia en su incriminación, sin contradicciones.

ii) La contextualización del relato, es decir, que ofrezca detalles de un marco o ambiente en que se habrían desarrollado los hechos del relato.

iii) Las corroboraciones periféricas, como otras declaraciones, hechos que sucedieran al mismo tiempo, etc.

iv) Existencia de detalles oportunistas a favor del declarante.

SÉPTIMO. El Acuerdo Plenario número cero dos-dos mil cinco/ CJ-ciento dieciséis, del treinta de septiembre de dos mil cinco (Pleno Jurisdiccional de las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia), las recoge, así se señala que la declaración, capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, debe cumplir los siguientes requisitos:

i) Ausencia de incredibilidad subjetiva; esto es, que existan relaciones, entre agraviado e imputado, basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que le nieguen aptitud para generar certeza.

ii) Verosimilitud, que no solo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas de carácter objetivo que la doten de aptitud probatoria.

iii) Persistencia en la incriminación; es decir, que la sindicación sea permanente. El cambio de versión no necesariamente la inhabilita para su apreciación judicial, y en la medida en que el conjunto de sus declaraciones se hayan sometido a debate y análisis, el juzgador puede optar por la que considere adecuada.

3. La valoración de la prueba personal en segunda instancia

OCTAVO. La instancia recursiva implica una serie de limitaciones: al objeto de conocimiento, como son: lo que piden los recurrentes, a través de sus

agravios; la incorporación de prueba, pues solo se admite la nueva; la valoración de la prueba personal, pues por designio del inciso dos del artículo cuatrocientos veinticinco del Código Procesal Penal el Tribunal de Apelación no puede variar el resultado probatorio sobre la prueba personal realizada en primera instancia, si no hay prueba nueva.

NOVENO. Picó i Junoy ya había puesto de relieve esta temática en la jurisprudencia española, estableciendo la excepción cuando el razonamiento judicial de instancia sea ilógico, irracional, arbitrario, incongruente, absurdo, contraria a las máximas de experiencia o a las reglas de la sana crítica, etc.

DÉCIMO. Estas consideraciones fueron recogidas en diversos pronunciamientos jurisprudenciales: sentencias de casación número cinco-dos mil siete-Huaura, del once de octubre de dos mil siete, número 3 dos mil siete – Huaura, del siete de noviembre de dos mil siete, ambas de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema; y, la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente número dos mil doscientos uno-dos mil doce-PA/TC, del diecisiete de junio de dos mil trece.

DÉCIMO PRIMERO. Estas forman parte de la doctrina jurisprudencial vinculante recogida en la sentencia de casación número trescientos ochenta y cinco-dos mil trece-San Martín, del cinco de mayo de dos mil quince, que establece que:

i) Las pruebas personales que fueron actuadas con inmediación en primera instancia no pueden ser revaloradas por el Tribunal de Apelación, que debe respetar el mérito o conclusión probatoria realizada. Esto es parte de las llamadas zonas opacas.

ii) Pero también existen zonas abiertas, que se da cuando el juez asume como probado un hecho a través de la prueba:

   a. Apreciada con manifiesto error o de modo radicalmente inexacto.

   b. Oscura, imprecisa, dubitativa, ininteligible, incompleta, incongruente o contradictoria en sí misma.

   c. Que es desvirtuada por pruebas practicadas en segunda instancia.

iii) En la prueba personal la Sala de Apelaciones debe valorar también la coherencia y persistencia de los principales testigos de cargo. El hecho de que un testigo brinde diversas versiones en el proceso no inhabilita al órgano jurisdiccional a optar por una de las versiones, siempre y cuando explicite los motivos por los cuales se decidió de esa forma; para ello, se

valdrá de las reglas de la experiencia, la verificación de la suficiencia, el análisis del conjunto de prueba apreciada por el Ad quo y, el razonamiento sólido y completo que este mismo haya realizado.

iv) El Tribunal de Alzada está posibilitado a controlar, a través del recurso de apelación, si dicha valoración infringe las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia. Es distinto controlar la valoración probatoria del Ad quo y que el Tribunal de Apelaciones realice una revaloración de la prueba valorada por aquel; estando permitida la primera y la segunda proscrita.

DÉCIMO SEGUNDO. La contradicción a la que se refiere la jurisprudencia vinculante es a la que se aprecia en la misma manifestación, no a la comparación que se hace entre las diversas que se hubieran prestado en el transcurso del proceso.

DÉCIMO TERCERO. Sin embargo, la falta de coherencia entre una declaración y otra debe ser analizada y valorada cuando estas versiones son apreciadas con manifiesto error o la apreciación infringe las reglas de la lógica, ciencia y máximas de la experiencia, de otra forma se estaría revalorando la prueba y no un control de la valoración.

259

§259. Reglas en los casos de condena del absuelto

Casación	499-2014-AREQUIPA
Fecha	16 de marzo de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Rodríguez Tineo.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 425° del NCPP
Fundamentos jurídicos vinculantes	12° y 13°

RESUMEN:

Ante la condena del absuelto, el Juez no puede dejar de resolver, ***la única solución provisional posible es declarar nula la sentencia recurrida,*** *pues de otra forma se afectaría el citado derecho, proceder que encuentra refuerzo si se considera que en ningún caso esta Corte Suprema convalidó la condena del absuelto.*

Sin embargo, ***la solución de anular el fallo condenatorio (sic.) dictado en primera y segunda instancia es excesiva,*** *pues una de las facultades de la Sala.*

FUNDAMENTOS:

1. ***Aspectos generales.***

PRIMERO. Se imputa que el día 13 de septiembre de 2010, Karina Irene Villalva Condori, junto con su esposo Miguel Ángel Valdivia Colana, suscribieron un acta de conciliación de pensión alimenticia a favor de su hija GisellAlejandra,

por la cual éste se comprometía a una pensión de mil soles mensuales, además, del sesenta por ciento de las utilidades y liquidación que recibía.

Sin embargo, el 11 de octubre de 2010 Miguel Ángel Valdivia Colona, representado por su abogado Manuel Jesús Ascuña Chavera presentó un escrito de nulidad de la conciliación, luego, el 23 de noviembre de 2010, se emitió el auto de vista del 27 de enero de 2011, declarando improcedente el recurso de nulidad.

En ese contexto y conociendo los denunciados la conciliación aludida, Miguel Ángel Valdivia Colana y su madre Jova Sosa Colana, en forma concertada y con la finalidad que aquel se sustraiga a sus deberes, simularon una obligación alimentaria, procediendo la acusada a presentar demanda de alimentos el 25 de octubre de 2010 en contra de su hijo Miguel Ángel Valdivia Colana, la que fue declarada inadmisible por el Juzgado de Paz de José Luis Bustamante; por lo que se presentó una subsanación el 8 de noviembre de 2010, autorizando el escrito el abogado Moscoso Valencia, para luego presentar en forma conjunta un escrito de transacción el 18 de noviembre de 2010, autorizando el mismo abogado Ascuña Chavera, transacción que fue aprobada. En la demanda la acusada Colona Sosa señaló domicilio en el inmueble de la urbanización Pedro Diez Canseco T-18 que resulta falso, ocurriendo lo mismo respecto al domicilio que se consignó para el demandado.

SEGUNDO. Como se señaló en el auto de calificación de casación, habiéndose dado la condena de procesados, que en primera instancia fueron absueltos de los cargos atribuidos y que en virtud de dicha situación procesal, no plantearon recurso de apelación alguno, no habiendo en el caso específico, hecho uso de su derecho a la pluralidad de la instancia, merece la definición de un sentido interpretativo de la norma procesal contenida en el inciso 3 del artículo 425 del Código Procesal Penal. Por ello, indicó que, en este caso excepcional, esta Corte Suprema de Justicia haciendo uso de su facultad discrecional considera necesario analizar la condena del absuelto.

2. *La condena del absuelto*

TERCERO. El inciso 3 del artículo 425 del Código Procesal Penal establece una serie de poderes que tiene el Juez de Alzada frente a la impugnación contra la sentencia de primera instancia. El literal b) de la citada norma establece que si la sentencia de primera instancia es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiere lugar o referir la absolución a una causa diversa a la enunciada por el Juez.

CUARTO: Estas causó una serie de pronunciamientos a nivel jurisprudencial y doctrinario en cuanto a su constitucionalidad y viabilidad. Por ejemplo, la sentencia recaída en el expediente número 2008-01403-87-1308-JR-PE-1, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura, que revocó la sentencia de primera instancia absolutoria y reformándola condenó al acusado. En contra se puede citar la sentencia recaída en el expediente número 2008-12172-15 emitido por la Sala Penal Superior de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que señaló que condenar al absuelto coloca al Tribunal Superior en una situación especial: emitiría una *reformatio in peius*. Por ello, declaró inaplicable, a este caso concreto, el apartado b) del inciso 3 del artículo 425 del Código Procesal Penal, elevando en consulta su decisión.

QUINTO. Ello produjo que la Corte Suprema se pronunciara. La Consulta número 2491-2010-Arequipa, del 14 de septiembre de 2010, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social, señaló que la condena del absuelto no afecta la garantía de la doble instancia, pues reconoce condiciones de igualdad tanto a la parte acusada como a la parte acusadora, por lo que desaprobó la resolución consultada. En esa línea, la Sala Penal Permanente se pronunció en la sentencia de Casación número 195-2012-San Martín, del 05 de septiembre de 2013, que determinó que la condena del absuelto es posible sobre la base de actuación y valoración de prueba nueva en la audiencia de apelación, ya que no afecta el derecho a recurrir, por la posibilidad de acudir en casación, además, que no afecta la inmediación. Asimismo, estableció supuestos por los cuales es posible condenar al absuelto:

i) Cambio de valoración de prueba que no requiere inmediación.

ii) Cambio de valoración de prueba personal por actuación de prueba en segunda instancia.

iii) Corrección de errores de derecho, lo que se estableció como doctrina jurisprudencial.

Pese a todo este desarrollo, la decisión sobre el fondo fue declarar nula la sentencia de vista y de primera instancia, por afectación de la inmediación y motivación de las resoluciones, respectivamente. Este parecer tuvo eco en la sentencia de Casación número 40-2012-Amazonas, del 19 de septiembre de 2013, que reafirma la constitucionalidad de la condena del absuelto y, pronunciándose por el fondo del asunto, absolvió al recurrente.

SEXTO. Posterior a ello, los pronunciamientos de la Sala Penal Permanente se fueron morigerando. La sentencia de Casación número 280-2013-Cajamarca,

del 13 de noviembre de 2014, indica que al producirse la condena del absuelto se le deja al condenado sin un recurso eficaz, pues la Casación es muy restringida. En consecuencia, se debe crear un órgano jurisdiccional que tenga competencia para realizar un juicio integral de hecho y derecho sobre los aspectos que fundaron una sentencia condenatoria que en segunda instancia revoca una absolutoria. Por esto es que se declara nula la sentencia de vista y de primera instancia por vulneración al derecho a la motivación.

SÉPTIMO. La Sentencia Casatoria número 385-2013- San Martín, del 05 de mayo de 2015, refirió que sí es posible condenar al absuelto, pero supeditado a la actuación probatoria en audiencia de apelación; no obstante, repite que se debe habilitar salas revisoras en cada Distrito Judicial que hagan el juicio de hecho y derecho en la condena en segunda instancia del absuelto o se habilite un recurso a este efecto. Sobre esa base, al pronunciarse sobre el fondo, se señaló que la sentencia de vista dio un sentido distinto a las declaraciones vertidas en el juicio oral, por lo que, actuando como sede de instancia confirmaron la absolución.

OCTAVO. La Casación número 194-2014-Ancash, del 27 de mayo de 2015, estableció que frente a la condena del absuelto el recurso de casación no es el adecuado, sino el de apelación; sin embargo, mientras no se habiliten Salas Revisoras en cada Distrito Judicial para que realicen el juicio del condenado por primera vez en segunda instancia o un medio impugnatorio adecuado para la condena del absuelto, se debe anular el fallo condenatorio dictado en primera y segunda instancia para que, si en un nuevo juicio se le encontrara culpable del delito imputado, tenga la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria por medio de un recurso de apelación. Lo que es doctrina jurisprudencial, por lo que anuló las sentencias materia de recurso. Estas consideraciones fueron tomadas por la Casación número 542-2014-Tacna, del 14 de octubre de 2015 y repetidas como doctrina jurisprudencial en la Casación 454-2014-Arequipa, del veinte de octubre de 2015.

NOVENO. En todas las sentencias se ha establecido la afectación que podría causar al derecho al recurso condenar al absuelto, pues, luego de la condena, la única posibilidad de impugnar que tiene el imputado es a través del recurso de casación, que es extraordinario, limitado al conocimiento de aspectos puntuales y tasados, que no posibilitan la revisión de la valoración probatoria, vicios procesales, cuestiones de hecho y derecho , como lo exige la normativa (artículo 14. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 8. 2. de la Convención Americana de Derechos Humanos) y jurisprudencia internacional (Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Herrera

Ulloa vs. Costa Rica, del 2 de julio de 2004, Barreto Leiva vs. Venezuela, del 17 de noviembre de 2009), que sí se satisfacen con el recurso de apelación.

DÉCIMO. En consecuencia, como señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia recaída en el caso Mohamed vs. Argentina, del 23 de noviembre de 2012, al declarar al Estado argentino como responsable por la violación del derecho a recurrir del fallo, consagrado en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: la inexistencia de un recurso judicial que garantizara la revisión de la sentencia de condena [...] y la aplicación de unos recursos judiciales que tampoco garantizaron tal derecho a recurrir del fallo implicaron un incumplimiento del Estado del deber general de adecuar su ordenamiento jurídico interno para asegurar la realización de la garantía judicial protegida. En el mismo sentido se puede ver en la Observación General N° 32, del 23 de agosto de 2007, del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

DÉCIMO PRIMERO. Es decir, el Estado debe otorgar al condenado por primera vez en segunda instancia (condena del absuelto) un recurso que revise esta primera condena. No obstante, a pesar de que esto se dijo en las Casaciones 280-2013-Cajamarca y 385-2013-San Martín; aún no se ha previsto este mecanismo, por lo que, queda latente la posibilidad de afectar el derecho al recurso.

DÉCIMO SEGUNDO. Habida cuenta que el Juez no puede dejar de resolver, la única solución provisional posible es declarar nula la sentencia recurrida, pues de otra forma se afectaría el citado derecho, proceder que encuentra refuerzo si se considera que en ningún caso esta Corte Suprema convalidó la condena del absuelto.

DÉCIMO TERCERO. Sin embargo, la solución de anular el fallo condenatorio dictado en primera y segunda instancia es excesiva, pues una de las facultades de la Sala de Apelaciones frente al recurso respecto a la sentencia absolutoria es confirmarla, conforme con el artículo 425 del Código Procesal Penal y esta Corte Suprema que lo hizo en las sentencias Casatorias número 385-2013-San Martín y 40-2012-Amazonas. Incluso en el Código de Procedimientos Penales, que prohíbe la condena del absuelto por exigencias de inmediación, también prevé que se confirme la absolución.

DÉCIMO CUARTO. Esto es así pues la presunción de inocencia es un principio que informa todo el proceso penal, orienta su actividad y le establece reglas:

i) De tratamiento del imputado.

ii) Probatoria.

iii) De juicio.

La última tiene que ver con la decisión final, luego del debate probatorio, así, si es que la parte acusadora no logra acreditar sus afirmaciones al no existir medios de prueba suficiente, se deberá absolver al procesado, asimismo, si existe tanto prueba de cargo como de descargo y el Juez no llega a la convicción, absolverá por el principio *in dubio pro reo.*

DÉCIMO QUINTO. Con mayor razón, si se establece que existe prueba de la inocencia o el hecho es atípico, justificado, no culpable o no concurre una condición objetiva de punibilidad (lo que tiene relación con el principio de legalidad), se deberá absolver al procesado conforme al artículo dos, inciso veinticuatro, apartado e) de la Constitución Política del Estado.

DÉCIMO SEXTO. Esta facultad puede ser ejercida incluso por la Corte Suprema en sede de casación para no afectar al procesado que debe ser absuelto, pues de otra forma se vulneraría el principio de plazo razonable, que es un derecho para el procesado de que el tiempo en que se ve involucrado en un proceso penal, teniendo la carga de comparecer al proceso, no sea indefinido, o dure más allá de lo razonable, para analizar esta se deben valorar tres criterios:

i) La complejidad de la causa (número de cargos, procesados, agraviados, testigos, medios de prueba, la gravedad del ilícito, otras condiciones que harían demorar el trámite del proceso).

ii) Actividad del agente estatal (Juez, Fiscal).

iii) Actividad de la defensa del inculpado.

260

§260. La Condena del Absuelto: Reglas para el pronunciamiento en segunda instancia

Casación	454-2014-AREQUIPA
Fecha	20 de octubre de 2015
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodrígues Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores, Loli Bonilla.
Disposiciones estudiadas	Inc. 2 del art. 425 del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	4,15 y 4,16

RESUMEN:

El tribunal de apelación (Revisor) no puede condenar al absuelto en primera instancia. Si detecta un error en la aplicación del derecho objetivo y/o procesal que ameritarían una condena, solo podrá anular el fallo de primera instancia a fin de que se emita un nuevo pronunciamiento acorde a derecho.

FUNDAMENTOS:

4.15: Con lo anterior expuesto, se concluye que si bien esta Sala Suprema tiene mayor jerarquía y rango que la Sala Penal de Apelaciones, siendo por tal razón un órgano judicial distinto; sin embargo, esta máxima instancia judicial no tiene competencia para poder realizar una revisión integral, independientemente de la denominación que se le pueda dar al recurso, ya que su competencia resolutiva está limitada producto de la interposición y fundamentación del recurso extraordinario de la casación penal, no siendo este último recurso uno de carácter eficaz para el caso en concreto por limitarse al análisis de los aspectos formales

y legales de la sentencia expedida, esto es, de control de constitucionalidad y de legalidad, así como de unificación jurisprudencial.

4.16: Asimismo, bajo la línea jurisprudencial anotado y con el objeto de garantizar el derecho a impugnar el fallo –toda vez que con ello se protege el derecho de defensa en la medida que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado-, mientras no se implemente ninguna de las propuestas dadas por este Supremo Tribunal –Órgano jurisprudencial capaz de revisar la condena en primera y segunda instancia para que si en un nuevo juicio se le encontrara culpable del delito imputado, tenga la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria por medio de un recurso de apelación.

261

§261. La condena del absuelto: Reglas para el pronunciamiento en segunda instancia

Casación	542-2014-TACNA
Fecha	14 de octubre de 2015
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Rodrígues Tineo, Pariona Pastrana, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Loli Bonilla.
Disposiciones estudiadas	Inc. 2 del art. 425 del NCPP.

RESUMEN:

Ante la sentencia de vista que revoca la sentencia absolutoria de primera instancia condenando al absuelto, donde este no cuenta con un recurso con las cualidades necesarias para garantizar su derecho a impugnar ese fallo condenatorio y tampoco existe una sala especializada que actúe como revisor de la sentencia condenatoria en segunda instancia; por tanto, ante la ausencia de un presupuesto procesal de existencia y rebatidos los fundamentos de la primera sentencia, ***corresponde la anulación de todo el proceso hasta el inicio del juicio oral de primera instancia****, de modo tal que si el procesado es encontrado responsable el ilícito penal que se le imputa, esa sentencia condenatoria pueda ser revisada por una sala superior con facultades amplias de control mediante el recurso de apelación, respetando de esta manera la garantía constitucional del carácter procesal del derecho a recurrir que asiste a todo condenado.*

FUNDAMENTOS:

I. Del ámbito de la casación.

PRIMERO: Conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas quince del cuaderno de casación, del dieciséis de marzo del dos mil quince, el motivo de casación admitido es: Vulneración de garantías constitucionales de carácter procesal-Derecho al recurso.

Sobre el particular, en el auto que resuelve el recurso de queja de fojas doscientos ochenta y nueve, se advierte que se habría afectado el derecho del encausado a recurrir la sentencia de segunda instancia, vía recurso de apelación, pues en primera instancia se le absolvió, pero en segunda se le condenó, siendo esta la primera vez que se le condena y no existe la posibilidad de recurrir esta decisión, en cuanto al fondo del asunto, existiendo posiciones disímiles en la jurisprudencia sobre la resolución de este problema; por tanto, existe controversia que merece ser evaluada para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial sobre inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal- Derecho al recurso.

II. Del pronunciamiento del Tribunal de Apelación.

SEGUNDO: La sentencia de vista impugnada en casación precisa lo siguiente:

a. En este sentido, corresponde efectuar un análisis previo a efectos de salvar la posible vulneración al debido proceso sancionadas con nulidad absoluta, ya que conforme a lo establecido en el artículo cuatrocientos nueve numeral uno del Código Procesal Penal, "La impugnación confiere al tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante"; al respecto el Ministerio Público, denuncia errónea valoración de la prueba en el juicio oral; sin embargo, la Sala Superior Penal de Apelaciones, considera que la sentencia ha argumentado y sustentado cada uno de los medios de prueba postulados y actuados en juicio oral; y, las incidencias alegadas inciden directamente en un análisis de fondo del hecho sometido a instancia, por tanto no puede ser alegados como causal de nulidad (...); por consiguiente, no se advierte vulneración al contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución, desestimando así el agravio invocado (la nulidad).

b. Corresponde entonces, efectuar un re-examen de los temas de fondo, en función de los agravios invocados por el apelante, por cuanto el pronunciamiento del Tribunal Superior, encuentra su límite en lo prescrito en el artículo cuatrocientos diecinueve numeral uno del Código Procesal Penal.

c. Los hechos postulados por el Ministerio Público (...) resultan típicos y fueron cualificados como delito de uso de documento público falsificado, siendo así el tipo penal ha sido individualizado, lo cual resulta de pleno conocimiento del imputado y su defensa.

d. El juez penal es libre para obtener su convencimiento porque para ello no está vinculado a reglas legales de la prueba y, entonces, puede también llegar a la convicción de la existencia del hecho delictivo y la participación del imputado, a través de la prueba indirecta o prueba indiciaria. También resulta cierto que este se encuentra vinculado a la valoración de la prueba observando "las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados".

e. En cuanto a la vinculación del imputado Jorge Díaz Alcázar, está probado que el día veintidós de noviembre del dos mil ocho fue intervenido cuando se encontraba conduciendo el vehículo de placa de rodaje número BIS-quinientos veintidós, llevando como copiloto a Glenn Arturo Calderón Ercilla, que dicho vehículo fue objeto de robo en la ciudad de Lima -siendo procesado por dicho ilícito-. Ahora, no sólo es que el imputado conducía el vehículo, también está acreditado que el vehículo lo poseía como propietario al haberlo adquirido de una tercera persona que no supo identificar, a quien supuestamente le vendió su vehículo dándole en parte el vehículo que llevaba las placas falsas.

f. La falsedad de la placa del vehículo materia de proceso se ha probado según el Dictamen pericial de placa de rodaje (...), lo cual forma convicción al juzgador, no siendo necesario su visualización, ya que, no han sido rebatidas por la defensa técnica mediante otro medio de prueba idóneo, quedando así determinada la falsedad, faltando correspondencia con la verdad y, en dicho escenario era utilizado el vehículo para trasladarse de un lugar a otro. Por tanto, se tiene cumplidos los presupuestos del delito en su faz objetiva.

g. Respecto al aspecto subjetivo, la defensa del imputado, ha sostenido en audiencia que el acusado Jorge José Díaz Alcázar, no conocía la falsedad de dichas placas, extremos que merece un exhaustivo análisis. El Fiscal Superior ha indicado que la duda a favor del imputado se supera con una alta probabilidad de conocimiento que le da el oficio de compra y venta de vehículos que tenía el imputado; situación confirmada por el citado imputado quien reconoció desarrollar tal actividad laboral, lo cual permite rebatir cualquier probabilidad de desconocimiento, con más razón la forma y circunstancia como adquirió el vehículo, lo cual no hace más que corroborar que el acusado se representó una alta probabilidad de la falsificación de la placa, a título de dolo eventual (conciencia del riesgo típico). El hecho de recibir en garantía o en parte de pago dicho vehículo, luego de dar en venta su vehículo de mayor valor, sin que identifique a su transferente, aunado a la experiencia que refiere ostentar, al dedicarse a la compra y venta de vehículos usados, no resulta razonable que entregue formalmente su vehículo de mayor valor, recibiendo uno de menor valor con placas falsas proveniente de un ilícito penal de otra provincia y, subsista incluso un saldo deudor, sin identificar plenamente a dicha persona, ni la documentación del vehículo, lo cual aunado a la orden de captura que registraba la unidad vehicular de placa de rodaje número BIT-cuatrocientos dieciocho, solo evidencia que el acusado conocía o se representó la procedencia ilícita, con el agregado que tampoco lo hizo inspeccionar en SIROVE-PNP, (...) todo lo cual no hace más que evidenciar la conducta dolosa del imputado a nivel de dolo eventual, lo que resulta suficiente para configurar el delito.

III. Del motivo casacional. Vulneración de garantías constitucionales de carácter procesal- Derecho al recurso.

TERCERO: La Ejecutoria del dieciséis de marzo de dos mil quince, que declaró bien concedido el recurso de casación por la causal citada, específicamente en su quinto fundamento jurídico, señala la razón por la que se concedió el recurso: *"...No obstante que el Tribunal Supremo desestimó los cuestionamientos realizados por el quejoso; sin embargo, decidió declarar fundado el recurso de queja por un tema que en estricto no fue propuesto por el recurrente, ello en atención a la capacidad discrecional que le otorga el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, para decidir en qué casos es necesario que se emita pronunciamiento para el*

desarrollo de la doctrina jurisprudencial. En tal sentido, estando a que en este caso nos encontramos ante un tema controversial, como lo es la condena del absuelto, resulta necesario que se declare bien concedido el recurso de casación por la vulneración de garantías constitucionales de carácter procesal-derecho al recurso..."; en tal sentido, se debe realizar ahora el pronunciamiento sobre el siguiente aspecto: La posibilidad de condenar en segunda instancia a quien fue absuelto en la primera, conforme al artículo literal b) del inciso tres del artículo cuatrocientos veinticinco del Código Procesal Penal, a la luz de la vulneración de la garantía constitucional de carácter procesal- Derecho al recurso, que le asiste al imputado.

CUARTO. Respecto al punto anotado en el fundamento jurídico anterior referido a la condena del absuelto como facultad del tribunal de apelaciones para revocar la sentencia de primera instancia que absolvió al procesado y reformándola los condena, cabe precisar que existen posiciones disímiles en la jurisprudencia; así tenemos: Casación número ciento noventa y cinco- dos mil doce-Moquegua que establece supuestos de condena del absuelto; Casación número trescientos ochenta y cinco —dos mil trece-San Martín que autoriza a condenar al absuelto siempre que se actúen prueba en segunda instancia; Casación número doscientos ochenta- dos mil trece-Cajamarca que insta a crear un órgano judicial que pueda realizar el juicio de hecho y de derecho de la condena dictada en segunda instancia; y, Casación número ciento noventa y cuatro- dos mil catorce-Ancash que establece que hasta que exista esta Sala de Apelaciones se declaren nulas las sentencias que condenan al absuelto. Por lo que, este Supremo Tribunal ejercitará su función unificadora a fin de evitar la vulneración de garantías constitucionales de carácter procesal- Derecho al recurso.

QUINTO. Así las cosas, se tiene que la línea jurisprudencial más reciente de este Supremo Tribunal en la Casación número ciento noventa y cuatro- dos mil catorce-Ancash, del veintisiete de mayo del dos mil quince, ha sostenido en su fundamento jurídico cuatro punto ocho (4.8): "En el fondo, no se debate si condenar en segunda instancia es posible, pues sí lo es, pero se exige que si esa posibilidad existe, el condenado por primera vez en segunda instancia tenga a su disposición un recurso devolutivo donde el juzgador tenga facultades amplias de control. En esencia, se ha determinado que el derecho a la doble instancia, que gozan toda parte procesal, tiene un contenido especial en el caso de la parte que actúa como defensa. Dicho contenido es el derecho a impugnar el fallo condenatorio ante un tribunal superior que goce de amplias facultades de control"; y el cuatro punto nueve (4.9): "En este escenario, alguien podría sostener que se garantiza ese derecho a la instancia plural de quien es condenado en segunda

instancia mediante el recurso de casación. Sin embargo, esta posibilidad ya ha sido descartada en el fuero internacional y en el fuero nacional en tanto la casación es un recurso extraordinario, con finalidades específicas, limitada a las causales expresamente recogidas en la norma procesal y que además cuenta con vallas de procedencia establecidas en la ley. Y en consecuencia el tribunal de casación no goza de esas amplias facultades de revisión con las cuales debe contar el tribunal que reviste el fallo condenatorio".

SEXTO. En ese sentido, postula el jurista Vicente Gimeno Sendra que en el ámbito penal, el derecho a los recursos se encuentra previsto en el artículo 2.1 del Protocolo adicional número 7, del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de Nueva York, en virtud del cual, "toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior según lo prescrito por la Ley".

SÉPTIMO. Al respecto, el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas del 20 de julio de 2000, constata que no se le dio al condenado la oportunidad del doble grado penal, disponiéndose en el párrafo 11.1. del citado documento lo siguiente: *"...El Comité concluye que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente (...) limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14 del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena..."; asimismo, el párrafo 13 señala: "...De conformidad con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el autor tiene derecho a un recurso efectivo. La condena del autor debe ser desestimada salvo que sea revisada de acuerdo con los requisitos exigidos por el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto. El Estado parte tiene la obligación de tomar las disposiciones necesarias para que en lo sucesivo no ocurran violaciones parecidas...".*

OCTAVO. En función a lo expuesto en los fundamentos jurídicos anteriores, se debe emitir pronunciamiento en razón a que nos encontramos ante una sentencia de vista que revoca la sentencia absolutoria de primera instancia -condena del absuelto-, la misma que según la configuración legal de nuestro sistema procesal penal, limitaría el derecho a recurrir del sentenciado, pues solo estaría habilitado como medio impugnatorio a interponerse en contra de dicha sentencia de vista el recurso de casación, el mismo que por su concepción tiene un carácter limitado a aspectos jurídicos y no fácticos y probatorios; para remediar este problema se han propuesto dos soluciones contenidas en la Casación número

trescientos ochenta y cinco- dos mil trece-San Martín, las mismas que no han sido realizadas, esto es, la creación de salas revisoras en cada distrito judicial para que realicen el juicio de hecho y de derecho del condenado por primera vez en segunda instancia y la habilitación de un medio impugnatorio adecuado para la condena del absuelto .

NOVENO. En tal línea discursiva, la solución jurídica aplicable viene dada en los fundamentos cuatro punto doce (4.12) y cuatro punto trece (4.13) de la Casación número ciento noventa y cuatro- dos mil catorce-Ancash, que a la letra dice: "... si nos encontramos ante un vicio determinado por la ausencia de un presupuesto procesal de existencia por no haber- por no existir- un órgano jurisdiccional capaz de revisar la condena del absuelto, la consecuencia jurídica que se desencadena es la nulidad por ser un vicio de proceder (vicio in procedendo). Lo último que falta por determinar es el alcance de la nulidad, hasta donde se debe anular el proceso en donde se ha condenado en segunda instancia a quien fue absuelto en primera instancia. (...) con el fin de salvaguardar el derecho del condenado por un delito a recurrir el fallo, mientras no se implemente ninguna de estas propuestas dadas por este Supremo Tribunal, corresponde anular el fallo condenatorio dictado en primera y segunda instancia, para que si en un nuevo juicio se le encontrara culpable del delito imputado, tenga la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria por medio de un recurso de apelación."

DÉCIMO. Siendo la única solución aplicable la declaración de nulidad de la sentencia de vista, corresponde analizar la de primera instancia, que emite fallo absolutorio a mérito de una presunta ausencia del elemento subjetivo de dolo falsario, sosteniendo que: a) Los acusados han negado conocer que las placas con las que circulaban el vehículo eran falsas, toda vez que tenían en su poder el vehículo como prenda de pago. b) No se verificó que conducir un vehículo con placas falsas haya causado una potencial lesión al bien jurídico de correcto funcionamiento del tráfico jurídico. c) Dichas placas no fueron puestas a vista del juez conforme al principio de inmediación. Fundamentos carentes de sustento que configuran una motivación aparente por cuanto basa su decisión en frases sin sentido probatorio y jurídico, por lo que fueron rebatidos en la sentencia de vista.

DÉCIMO PRIMERO. Conforme al artículo ciento cincuenta y ocho numeral primero del Código Procesal Penal, la Sala Penal de Apelaciones hizo nueva valoración de las pruebas periciales y documentales actuadas en primera instancia -toda vez que no se admitió ningún nuevo medio probatorio-; en consecuencia, acreditó que: a) El vehículo de placa de rodaje número BIS-quinientos veintidós, era poseído por el imputado Jorge Díaz Alcázar como propietario al haberlo

adquirido de una tercera persona que no supo identificar, a quien supuestamente le vendió su auto, recibiendo como parte de pago el vehículo que llevaba la placa de rodaje falsa. b) La falsedad se ha probado según el dictamen pericial de placa de rodaje, lo cual forma convicción al juzgador, no siendo necesario su visualización, ya que, no han sido rebatidas por la defensa técnica mediante otro medio de prueba idóneo. c) Con relación al aspecto subjetivo, relativo a que el acusado Jorge José Díaz Alcázar no conocía de la falsedad de la placa de rodaje, se comprobó que este se representó una alta probabilidad de la falsificación de ésta, a título de dolo eventual (conciencia del riesgo típico), en razón al conocimiento que ostentaba por desarrollar el oficio de compra y venta de vehículos, como lo reconoció en el interrogatorio, lo cual permite rebatir cualquier probabilidad de desconocimiento, aunado a la forma y circunstancia como adquirió el vehículo. Por tanto, corresponde se emita una nueva sentencia.

DÉCIMO SEGUNDO. Así las cosas, nos encontramos ante una sentencia de vista que revoca la sentencia absolutoria de primera instancia condenando al absuelto, donde éste no cuenta con un recurso con las cualidades necesarias para garantizar su derecho a impugnar ese fallo condenatorio y tampoco existe una sala especializada que actúe como revisor de la sentencia condenatoria de segunda instancia; por tanto, ante la ausencia de un presupuesto procesal de existencia y rebatidos los fundamentos de la primera sentencia, corresponde la anulación de todo el proceso hasta el inicio del juicio oral de primera instancia, de modo tal que, si el procesado es encontrado responsable del ilícito penal que se le imputa, esa sentencia condenatoria pueda ser revisada por una Sala Superior con facultades amplias de control mediante el recurso de apelación, respetando de esta manera la garantía constitucional de carácter procesal del derecho a recurrir que le asiste a todo condenado.

262

§262. Actuación Probatoria en el juicio de apelación

Casación	385-2013-SAN MARTÍN
Fecha	05 de mayo del 2015
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodriguez Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores, Loli Bonilla.
Disposiciones estudiadas	Arts. 425°, 429° y 432 del NCPP. Art. 139° inc. 6 de la CPE.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	5.10 al 5.17

RESUMEN:

En el caso sub examine la Sala Penal de Apelaciones otorgó diferente valor probatorio a las declaraciones vertidas por el encausado en primera instancia que fue objeto de inmediación por el Juez de la investigación preparatoria, esto es, la prueba documental; tanto más que su valor probatorio no fue cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia; advirtiéndose que dicha decisión no solo afecta las garantías constitucionales al debido proceso y de la tutela jurisdiccional efectiva, sino además la unificación de la doctrina jurisprudencial! dada por este Tribunal Supremo respecto a los parámetros de interpretación y aplicación de una determinada norma, esto es, del aparatado dos del artículo cuatrocientos veinticinco del Código Procesal Penal, al emitir la Casación N ° 195-2012 del cinco de setiembre de dos mil trece; en consecuencia, la sentencia recurrida debe casarse

FUNDAMENTOS:

5.13. En segunda instancia, respecto a la labor de valoración de la prueba personal, debemos tener en cuenta que el Ad quem solo puede valorar los medios probatorios que se actuaron ante él, ello en virtud del principio de inmediación. Dicho de otro modo, las pruebas personales que fueron actuadas con inmediación en primera instancia no pueden ser revaloradas por el Ad quem, lo que significa que este órgano debe respetar el mérito o conclusión probatoria realizada por el Ad quo.

5.14. En esta línea, MONTERO AROCA Y FLORS MATÍEZ sostienen que "Tratándose de pruebas personales, como la testifical, la única inmediación es aquélla de la que goza el Tribunal de Instancia, a quién corresponde su valoración conforme a los principios de oralidad y su consecuencia la inmediación, debiendo prevalecer esa valoración salvo que se evidencia un fallo en el razonamiento lógico o en el íter inductivo del juzgador de instancia, o cuando por el mismo se establezcan afirmaciones o conclusiones arbitrarias y absurdas, y lo mismos debe decirse cuando se trata de la prueba pericial.

5.15. Aunado a ello, esta Sala Suprema al emitir la Casación N° 05-2007-Huaura, manifestó que en materia de valoración de prueba personal es cierto que el Ad quem, en virtud a los principios de inmediación y de oralidad, no está autorizado a variar la conclusión o valoración dada por el Ad quo. Ello, desde luego, reduce el criterio fiscalizador del Tribunal de Apelación, pero no lo elimina. Agrega que en los casos de valoración de prueba personal en segunda instancia, el Ad quem tiene el margen de control o intervención que está vinculado a la coherencia interna de la valoración realizada por el Ad qua y. que tiene que ver con aquello que la doctrina comparada denomina "zonas abiertas". Las zonas opacas son los datos expresados por los testigos estrechamente ligados a la inmediación por lo que la valoración dada en primera instancia no es susceptible de revisión; en consecuencia, no es pasible de variación. Las zonas abiertas, sin embargo, son aspectos relativos a la estructura racional del propio contenido de la prueba, ajenos a la percepción sensorial del Juzgador de primera instancia que pueden ser objeto de fiscalización a través de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos. Este último caso puede darse cuando el Juez Ad qua asume como probado un hecho: Es apreciado como manifestó error de modo radicalmente inexacto; es oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio entre sí; o, e) pudo ser desvirtuado por pruebas practicadas en segunda instancia. Finalmente, concluye que en la prueba personal, el Ad quem debe valorar también la coherencia y persistencia de los principales testigos

de cargo. Teniendo en cuenta ello, el hecho de que un testigo brinde diversas versiones en el proceso no inhabilita al órgano jurisdiccional a optar por una de las versiones, siempre y cuando explicite los motivos por los cuales se decidió de esa forma; para ello, se valdrá de las reglas de la experiencia, la verificación de la suficiencia, el análisis del conjunto de prueba apreciada por el Ad qua y, el razonamiento sólido y completo que este mismo haya realizado.

5.16. En ese sentido, existe una limitación impuesta al Ad quem, descrita en el artículo cuatrocientos veinticinco, apartado dos, del Código Procesal Penal a fin de no infringir el principio de inmediación; esto es, no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia. Dicho aquello, si bien corresponde al Juez de primera instancia valorar la prueba personal, empero el Ad quem está posibilitado a controlar, a través del recurso de apelación, si dicha valoración infringe las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia.

5.17. En esa línea, que el Juzgador de primera instancia cometa un error al valorar la prueba es algo sustancialmente contrario a que efectúe una nueva valoración probatoria partiendo de cero, que es lo propio de un sistema de apelación limitado; es decir, es distinto controlar la valoración probatoria del Ad qua en contraste a que el Ad quem realice una revaloración de la prueba valorada por aquel; siendo que la primera está permitida, mientras que la segunda está proscrita.

5.18. En consecuencia, es de concluir que la Sala Penal de Apelaciones está facultada legalmente para condenar en segunda instancia a un justiciable que fue absuelto en primera instancia, lo cual está supeditado a una actuación probatoria en audiencia de apelación, ello en fiel respeto al principio de inmediación y que la prueba actuada tenga entidad suficiente para enervar el status de inocencia del encausado, previsto en el apartado e) del inciso veinticuatro del artículo dos de la Constitución Política del Estado.

5.19. Que, establecido como desarrollo jurisprudencial la posibilidad de condenar al absuelto, bajo los parámetros precitados, queda establecer además si la condena del absuelto limita el derecho que tiene el procesado a recurrir una sentencia condenatoria, al ser condenado por primera vez en vía de apelación.

263

§263. Ámbito de delimitación de la decisión en segunda instancia y derecho a la defensa

Casación	413-2014 – LAMBAYEQUE
Fecha	7 de abril de 2015
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodrígues Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores, Loli Bonilla.
Disposiciones estudiadas	Art. 104 del NCPP.

RESUMEN:

las Salas de Apelaciones y los Tribunales Revisores deben circunscribir su pronunciamiento respecto a los agravios expresados en los recursos impugnatorios efectuados en el plazo legal y ates de su concesorio y no los efectuados con posterioridad a ello, mucho menos, evaluar una prueba no invocada; pues de ocurrir ello, se está vulnerando el principio de congruencia recursal con afectación al derecho de defensa.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

A. De las facultades del actor civil y el principio acusatorio.

DÉCIMO SEXTO: El derecho a impugnar está consagrado por el inciso sexto del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, que preceptúa como garantía del debido proceso jurisdiccional o administrativo; sin embargo, la normatividad legal que regula estos procesos, en nuestro caso, el Código Procesal Penal, señala a los sujetos procesales legitimados para que este derecho pueda ser ejercido.

DÉCIMO SÉTIMO: El artículo ciento cuatro del Código Procesal Penal establece que las facultades del actor civil son: *deducir nulidad de actuados, ofrecer medios de investigación y de prueba, participar en los actos de investigación y de prueba, intervenir en el juicio oral, interponer los recursos impugnatorios que la Ley prevé*; correspondiendo precisar que sin perjuicio de aquellos derechos, también le son atribuidos los derechos que le asiste al agraviado; así, tenemos que el artículo noventa y cinco de la citada norma señala como derechos -entre otros en su inciso d) – impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria.

DÉCIMO OCTAVO: De lo anotado precedentemente, se tiene que existe una definición clara del rol protagonista que le corresponde al actor civil. Esta línea jurisprudencial se plasmó en la Casación N° 353-2011 – Arequipa, del cuatro de junio de 2013, que en su fundamento jurídico 4.5, señala que: "(...) *el agraviado del delito se encuentra en condiciones de ser un protagonista del proceso penal, encontrándose facultado por el Código Procesal Penal para participar activamente en el desarrollo del proceso, siendo necesario que el agraviado actúe con todos los derechos y garantías que le aseguran la satisfacción de su pretensión* (...)"; por consiguiente, no existe duda que al actor civil le asiste el derecho de apelar en resguardo de sus intereses, pues bajo ese contexto está legitimado para impugnar la sentencia absolutoria.

DÉCIMO NOVENO: De otro lado, habiéndose establecido que sí es facultad del actor civil el recurrir una sentencia absolutoria, queda por establecer si existe legitimidad del actor civil para activar una persecución penal cuando el Ministerio Público no impugna una sentencia absolutoria.

VIGÉSIMO: Al respecto, debe precisarse que el Tribunal Constitucional en el expediente número dos mil cinco – dos mil seis – PHC/TC, señala que: "(...)La primera de las características del principio acusatorio mencionadas guarda directa relación con la atribución del Ministerio Público reconocida en el artículo ciento cincuenta y nueve de la Constitución, entre otras, de ejercitar la acción penal. Siendo exclusiva la potestad del Ministerio Público de incoar la acción penal y de acusar, a falta de ésta, el proceso debe llegar a su fin. (...)*Si el Fiscal Supremo coincide con la opinión del Fiscal Superior respecto del no ha lugar a juicio y archiva el proceso, se pronunciará en ese sentido, devolviendo la causa a la Sala Penal para que dicte resolución de archivo* (...).

VIGÉSIMO PRIMERO: Estando a lo expuesto, se debe tener en consideración que emitida una sentencia absolutoria, y leída la misma en audiencia pública o privada (según el caso), cuando el único impugnante sea el actor civil, y el Fiscal Provincial exprese su conformidad con la misma, deberá verificarse si, el

Fiscal Superior al momento de llevarse a cabo la audiencia de apelación, reitera su conformidad con la sentencia absolutoria.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Siendo ello así, este Supremo Tribunal considera que la Sala de Apelaciones no tiene más que confirmar la absolución; toda vez que, el inciso cinco del artículo ciento cincuenta y nueve de la Constitución Política del Estado, establece que corresponde al Ministerio Público ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte, mientras que el artículo catorce del Decreto Legislativo número cero cinco dos, de la Ley Orgánica del Ministerio Público, señala que sobre el Ministerio Público recae la carga de la prueba, y el artículo once de la precitada norma regula que el titular de la acción penal es el representante del Ministerio Público; aunado a ello, se debe tener presente que el artículo quinto de la Ley Orgánica aludida, establece la autonomía del Ministerio Público y preceptúa que están jerárquicamente organizados u debe sujetarse a las instrucciones que pudieren impartirles sus superiores.

VIGÉSIMO TERCERO: Ahora bien, este Supremo Tribunal considera que no puede sostenerse el cumplimiento del principio acusatorio cuando el Fiscal Superior en la audiencia de apelación -sin tener la condición de impugnante, sino parte del proceso- discrepa con la sentencia absolutoria emitida en primera instancia; en tal situación, el Tribunal de Apelación está expedito para analizar el fondo del asunto en los términos de los agravios expresados por las partes procesales recurrentes en su escrito impugnatorio.

B. CAPACIDAD NULIFICANTE DE LA SALA Y PRINCIPIO DE CONGRUENCIA RECURSAL.

VIGÉSIMO CUARTO: El artículo cuatrocientos nueve del Código Procesal Penal, dispone la competencia del Tribunal Revisor en los siguientes casos: "(...) 1. La impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante. 2. Los errores de derecho en la fundamentación de la decisión recurrida que no hayan influido en la parte resolutiva no la anulará, pero serán corregidos. De igual manera se procederá en los casos de error material en la denominación o el cómputo de las penas. 3. La impugnación del Ministerio Público permitirá revocar o modificar la resolución aún a favor del imputado. La impugnación interpuesta exclusivamente por el imputado no permite modificación en su perjuicio(...)". En tal sentido, se tiene que la mencionada disposición delimita el ámbito de alcance del pronunciamiento del Tribunal Revisor.

VIGÉSIMO QUINTO: La razón por la que se estableció esta regla obedece a no afectar dos garantías básicas del proceso penal. La primera es al derecho de defensa, pues si el Tribunal Revisor modifica, sea aumentando o retirando para de los actos procesales no impugnados, deja en indefensión a una de las partes que no planteó sus argumentos antes que el pronunciamiento sea emitido. La segunda es el derecho a la seguridad jurídica, pues podría afectarse resoluciones que tienen el carácter de consentidas, lo que resulta sumamente lesiva para esta institución.

VIGÉSIMO SEXTO: La presente regla general tiene dos grandes excepciones. La primera, dispuesta por el art. 409 del C.P.P. en la segunda parte de su numeral 1, respecto a que se trate de actos procesales que tengan vicios que conlleven a una nulidad absoluta. La segunda es la declaratoria de nulidad de actos procesales conexos al objeto de impugnación.

Ambos serán tratados en la siguiente sección.

VIGÉSIMO SÉTIMO: Asimismo, el art. 409 del C.P.P. en la segunda parte de su numeral primero, establece la excepción a la regla general antes mencionada. Esta excepción dispone que -incluso cuando no hubiere sido advertido por el impugnante- el Tribunal Revisor puede pronunciarse sobre puntos distintos al objeto de impugnación, si se trata de nulidades absolutas o sustanciales.

VIGÉSIMO OCTAVO: Al respecto, debe precisarse que la nulidad de un acto procesal implica que el mismo se encontraba viciado y por tanto debe dejar de existir en el ordenamiento jurídico; y, en atención a la gravedad de la causal de nulidad es que se puede hablar de nulidades absolutas y de nulidades relativas.

La diferencia entre ambos tipos radica en la gravedad del vicio que origina a la nulidad. Si se trata de vicios leves, los cuales naturalmente podrían ser susceptibles de convalidación, entonces nos encontramos frente a una nulidad relativa. Por el contrario, si nos hayamos frente a vicios muy graves, no convalidables, entonces nos encontramos frente a la nulidad absoluta.

TRIGÉSIMO: El Código Procesal Penal define la nulidad absoluta en su art. 150, en los términos siguientes: "(...) a*) A la intervención, asistencia y representación del imputado o de la ausencia de su defensor en los casos en que es obligatoria su presencia; b) Al nombramiento, capacidad y constitución de Jueces o Salas; c) A la promoción de la acción penal y a la participación del Ministerio Público en las actuaciones procesales que requieran su intervención obligatoria; d) A la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la constitución* (...)".

El criterio seguido en esta definición es que la protección de los derechos fundamentales es parte de la esencia del ordenamiento jurídico y, por tanto, labor del Magistrado.

Entonces podemos señalar que una grave afectación a los mismos será entendible como un vicio grave que acarrea la nulidad del acto procesal que la originó.

TRIGÉSIMO PRIMERO: EL magistrado del Tribunal Revisor tiene la capacidad de declarar de oficio, una nulidad absoluta, incluso cuando la misma no sea parte del ámbito de impugnación, pues este tipo de nulidad puede conllevar a que otros actos procesales pueden ser viciados al ampararse en ella. Por tanto, atendiendo al rol de garante que cumple el Magistrado al interior del proceso penal, está facultado normativamente a intervenir en estos casos.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: La segunda excepción, estrechamente vinculada al caso de las nulidades absolutas, es que competencia del Tribunal para pronunciarse sobre aquellos actos procesales que no formaron parte de la impugnación presentada. En este sentido, a juicio de este colegiado, es posible un pronunciamiento del Tribunal Revisor más allá del objeto de impugnación, si se trata de una declaratoria de nulidad de oficio, y, exista actos procesales vinculados a qué sea declarado nulo, los cuales -consecuentemente- también deben ser declarados nulos, por más que estos últimos no formen parte del objeto de la impugnación.

TRIGÉSIMO TERCERO: También cabe recordar que el ejercicio de la competencia del órgano jurisdiccional se encuentra sujeto a determinados límites, siendo uno de ellos, el principio dispositivo de los medios impugnatorios: **TANTUM DEVOLTUM QUANTUM APPELLATUM**, es decir, sólo puede pronunciarse acerca de los hechos alegados por las partes, siempre que estos hayan sido invocados. De acuerdo con las normas precitadas al resolver una apelación, el Tribunal de Mérito no puede fundamentar el fallo en temas que no han sido materia de contradicción oportuna ni alegados por los sujetos procesales, más aún si el Ministerio Público en lo atinente a la responsabilidad penal consintió tal extremo; pues caso contrario, se estaría violando el deber de congruencia, con repercusiones en el derecho de defensa de las partes.

TRIGÉSIMO CUARTO: Los agravios expresados en los recursos impugnatorios van a definir y delimitar el pronunciamiento del Tribunal Revisor, atendiendo al principio de congruencia recursal, concebido como encaje o ensamble entre lo impugnado y la sentencia, en el contexto de exigencia de concordancia o armonía que obliga establecer una correlación total entre los dos grandes elementos definidores: la expresión de agravios y la decisión judicial;

por tanto, la expresión de agravios determina las cuestiones sometidas a decisión de este Supremo Tribunal, estando vedado pronunciarse fuera del alcance de las pretensiones impugnativas que no fueron oportunamente planteadas, en tanto la congruencia es una exigencia lógica que está presente en todo el proceso, del que dimana que en el presente sólo se emitirá pronunciamiento respecto a los agravios expresados en los recursos, que fueron concedidos; toda vez que el libro IV del Código Procesal Penal, referido a la impugnación, otorga a los justiciables el modo, forma y plazo para fundamentar los concretos agravios que a su parecer le causó la resolución judicial que cuestiona, lo cual supone el señalar la insatisfacción total o parcial de cualquiera de sus pretensiones (principales o accesorias), oposiciones o simples peticiones formuladas en el proceso; de ahí que, admitir y emitir pronunciamiento sobre nuevos agravios postulados con posterioridad a los expresados en el escrito de impugnación sería vulnerar el principio de preclusión y de igualdad que debe existir entre las partes de un proceso, pues significaría modificar el orden preestablecido de los actos procesales e incorporar nuevas peticiones o argumentos que no podrían ser contradichos por los otros sujetos procesales.

TRIGÉSIMO QUINTO: En tal sentido, las Salas de Apelaciones y los Tribunales Revisores deben circunscribir su pronunciamiento respecto a los agravios expresados en los recursos impugnatorios efectuados en el plazo legal y ates de su concesorio y no los efectuados con posterioridad a ello, mucho menos, evaluar una prueba no invocada; pues de ocurrir ello, se está vulnerando el principio de congruencia recursal con afectación al derecho de defensa.

DERECHO DE DEFENSA EN LA AUDIENCIA DE APELACIÓN

TRIGÉSIMO SEXTO: El derecho de defensa comporta en estricto el derecho a no quedar en estado de indefensión en ningún estado del proceso. Este derecho tiene una doble dimensión: una material, referida al derecho del imputado o demandado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y otra formal, que supone el derecho a una defensa técnica; esto es, al asesoramiento y patrocinio de una abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso (Cfr. STC N.° 06260-2005-HC/TC).

TRIGÉSIMO SÉTIMO: El derecho a no quedar en estado de indefensión se conculca cuando a los titulares de los derechos e intereses legítimos se les impide ejercer los medios legales suficientes para su defensa; pero no cualquier imposibilidad de ejercer estos medios produce un estado de indefensión que atenta contra el contenido constitucionalmente protegido del derecho, sino que

es constitucionalmente relevante cuando se genera una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individua. *Este hecho se produce cuando al justiciable se le impide, de modo injustificado argumentar a favor de sus derechos e intereses legítimos* (Exp. N.° 0582-2006-PA/TC; exp. N.° 5175-2007 – HC/TC, entre otros).

TRIGÉSIMO OCTAVO: El derecho de defensa en el proceso penal se constituye como un derecho fundamental que asiste a todo imputado y a su Abogado defensor a comparecer al proceso a fin de responder con eficacia la imputación existente.

TRIGÉSIMO NOVENO: El derecho de defensa está regulado por distintos ordenamientos jurídicos en concordancia con las normas contenidas en los Tratados y Convenios Internacionales; así, en el numeral catorce del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado de 1996, se establece como garantía de la Administración de Justicia, el no ser privado del derecho de defensa en cualquier estado del proceso. Los numerales 1 y 3, literal b, del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho a contar con los medios adecuados para la preparación de su defensa. *En efecto: 1. "(...) Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías (...) en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella (...). 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección*".

Asimismo, el artículo 8 numeral 1, y el literal "c" numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos también reconoce estas garantías, así: "Artículo 8. Garantías judiciales. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) c. Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa". La "defensa procesal" como garantía fundamental es reconocida por el artículo 11 numeral 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al expresar lo siguiente: *1.Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa". El "aseguramiento de todas las garantías necesarias para su defensa" a la que alude la*

Declaración Universal de los Derechos Humanos, implica el otorgamiento de los medios adecuados para la preparación de la defensa.

CUADRAGÉSIMO: El Derecho de Defensa en el nuevo Código Procesal Penal está regulado en el Art. IX del Título Preliminar, estableciendo que: Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que:

- se le informe de sus derechos.

- se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra.

- ser asistido por un abogado defensor de su elección o de oficio, desde que es citado o detenido por la autoridad.

- se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa.

- ejercer su autodefensa material.

- A intervenir en plena igualdad, en la actividad probatoria y en las condiciones previstas por la ley.

- A utilizar los medios de prueba pertinentes.

En el mismo artículo se especifica que el ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala. Como se aprecia, el imputado tiene derecho a defenderse desde que se le hace la imputación, con el inicio de la primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso penal y siempre asistido de un defensor de su elección o defensor público; quien puede informarse de los cargos, intervenir en las iniciales diligencias de investigación, participar de las mismas, presentar pedidos, ofrecer la actuación de pruebas y demás posibilidades que la ley le permite en igualdad de condiciones.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: El artículo cuatrocientos veinticuatro del Código Procesal Penal, regula el desarrollo que debe seguir la audiencia de apelación; allí se expresa, entre otras cosas, que se dará oportunidad a las partes para desistirse total o parcialmente de la apelación interpuesta, así como ratifiquen los motivos de la apelación.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: En tal sentido, es obligación de la parte recurrente esgrimir los agravios expresados en su escrito de fundamentación del recurso de apelación en la respectiva audiencia, para los efectos que la parte contraria pueda examinarla, discutirla o rebatirla en pleno ejercicio de su derecho de defensa, de esa manera no se le vulnerará sus derechos constitucionales y no se le dejará en indefensión.

264

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

Casación	195-2012-MOQUEGUA
Fecha	05 de setiembre del 2013
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Jueces Supremos	Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Tello Gilardi, Neyra Flores y Morales Parraguez.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 425°.2 y 429° del NCPP. y el art. 2°.24-e) de la Const.

RESUMEN:

No se puede cuestionar la diferente valoración de la prueba que pueda hacer el órgano de segunda instancia con respecto a la sentencia impugnada de primera instancia, sino el cuestionamiento se podría centrar en la actuación de las pruebas en segunda instancia, ya que ***el juez de esta última está facultado para cambiar el valor probatorio.***

Si el debate se da por una cuestión estrictamente jurídica, entonces es suficiente la sola presencia del abogado*; en cambio, si el debate de centra sobre cuestiones de hecho que comprometen la declaración de inocencia o culpabilidad del encausado; es obligatoria la presencia del imputado.*

Se debe actuar debidamente prueba alguna para que se pueda variar sustancialmente el juicio de valor de la sentencia de primera instancia en base de la inmediación y la defensa debida.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL:

DÉCIMO TERCERO: Dicho lo anterior, estando a lo prescrito por el inciso dos del artículo cuatrocientos veinticinco del Código Procesal Penal, y

considerando que el legislador se decantó por la tutela de la inmediación, que queda reflejada en el impedimento de otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el *Ad quo*, la posibilidad de condena en segunda instancia se remitiría a los siguientes supuestos: **I)** la condena en segunda instancia se decide cambiando el valor probatorio de la prueba pericial, documental, preconstituída o anticipada, pues se concibe que estos medios de prueba no exigen imprescindiblemente de inmediación; **II)** la condena en segunda instancia se decide cambiando el valor probatorio de la prueba personal –que en principio está prohibido- en razón a la actuación de prueba en segunda instancia que cuestiona su valor probatorio. Aquí, la objeción de ausencia de inmediación queda salvada porque en relación con la prueba en segunda instancia el órgano *Ad quem* sí tiene inmediación; y, **III)** un tercer supuesto, aunque no está relacionada a la inmediación, sería la condena en segunda instancia debido a la corrección de errores de derecho.

DÉCIMO CUARTO: Que, si bien, el punto más conflictivo se presenta cuando la condena en segunda instancia se debe al cambio del valor probatorio de una prueba personal debido a la actuación de prueba en esta instancia; cabe precisar que aún cuando no podría cuestionarse la valoración de la prueba personal, no obstante, si el cuestionamiento se fundamenta en la prueba actuada en segunda instancia, el juez *Ad quem* estará facultado para cambiar el valor probatorio de aquella.

DÉCIMO QUINTO: Que, aún cuando en un sistema de apelación donde esta se concibe como medio que permite la revisión de lo resuelto a efecto de corregir los errores producto de la falibilidad humana, la actuación de pruebas en segunda instancia resultaría absolutamente contradictoria, dado que con relación a ella se producirá una primera valoración, que a su vez exigirá una revisión, pero que en todo caso ya no sería posible porque se está en segunda instancia; no obstante, debemos señalar que tal situación procesal se remedia con la regulación del recurso de casación, oportunidad en la que el justiciable podrá establecer en atención a las causales previstas por el artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, afectación, errónea interpretación, indebida aplicación u otros de garantías constitucionales de orden material o procesal; o de normas penales sustantivas o adjetivas; y en su caso una indebida motivación en relación al objeto de decisión. Por ello, como lo señala Ferrajoli[188]el valor de la doble

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

instancia consiste en la garantía contra la ilegalidad, la arbitrariedad, el abuso o el error judicial, y si bien el juez de segunda instancia no asegura infalibilidad, la conciencia jurídica ha determinado, así lo creemos, que las decisiones sean más legítimas (confiables) cuando han sido revisadas o al menos se ha tenido esa posibilidad. Si bien, no se está exento de las críticas que sostienen que la apelación no debe concebirse como una revisión de lo resuelto en virtud de errores o vicios que corregir, sino como la oportunidad de una nueva decisión, como el mecanismo o medio procesal que permite que otro juez (superior) conozca la causa y emita una decisión, siendo esta la que prevalezca.

DÉCIMO SEXTO: Que, en consecuencia, la presencia del acusado en el juicio de apelación, cuando en el mismo se debaten cuestiones de hecho que afectan a su declaración de inocencia o culpabilidad, es una concreción del derecho de defensa que tiene por objeto posibilitar que quien ha sido absuelto en primera instancia pueda exponer, ante el tribunal llamado a revisar la decisión impugnada, su versión personal sobre su participación en los hechos que se le imputan. Es precisamente el carácter personalísimo de dicha manifestación lo que impone su citación para ser oído. De manera que si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre cuestiones jurídicas, ya sea por la configuración legal del recurso –como en nuestro sistema jurídico ocurre, en tantas ocasiones, en la casación penal-, ya sea por los concretos motivos que fundamentan la solicitud de agravación de condena plateada por los acusadores, para su resolución no resulta necesaria oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, sino que el Tribunal *Ad quem* puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. En tales supuestos, en cuanto el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte podría entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, en quien se encarnaría la efectividad del derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte.

DÉCIMO SÉTIMO: Que, tal y como comparte nuestro Tribunal Constitucional con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resulta contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen a presencia del órgano judicial que las valora. Corolario de lo anterior será que la determinación de en qué supuestos se ha producido vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las

garantías –cristalizado ahora en la garantía de inmediación- es eminentemente circunstancial, pues lo decisivo es si la condena de quien había sido absuelto en la instancia trae causa en primer lugar de una alteración sustancial de los hechos probados y, de ser así, si tal apreciación probatoria encuentra fundamento en una nueva reconsideración de medios probatorios cuya correcta y adecuada apreciación exige la inmediación; esto es, que sea el órgano judicial que las valora el órgano ante quien se practican. Contrariamente no cabrá entender vulnerado el principio de inmediación cuando, por utilizar una proposición comprensiva de toda una idea, el órgano de apelación no pronuncie su sentencia condenatoria a base de sustituir al órgano de instancia en aspectos de la valoración de la prueba en los que éste se encuentra en mejor posición para el correcto enjuiciamiento de los hechos sobre los que se funda la condena debido a que la práctica de tales pruebas se realizó en su presencia. Por ello no cabrá efectuar reproche alguno cuando la condena pronunciada en apelación –tanto si el apelado hubiese sido absuelto en la instancia como si la sentencia de apelación empeora su situación- no altera el sustrato fáctico sobre el que se asienta la sentencia de órgano *Ad quem* deduce otras conclusiones distintas a las alcanzadas por el órgano de instancia, pues este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin merma de garantías constitucionales.

DÉCIMO OCTAVO: Que, en consecuencia, es de concluir que la Sala de Apelaciones está facultada legalmente para condenar en segunda instancia a un justiciable que fue absuelto en primera instancia, lo cual está supeditado a una actuación probatoria en la audiencia de apelación con fiel respeto al principio de inmediación y que la prueba actuada tenga entidad suficiente para enervar el *status* de inocencia del encausado previsto en el apartado e) del inciso veinticuatro del artículo dos de la Constitución Política del Estado; que, en tal virtud, como en el caso de autos se advierte que la audiencia de apelación se circunscribió a escuchar los alegatos de las partes, esto es, no se actuó prueba alguna para que se varíe sustancialmente el juicio de valor de la sentencia de primera instancia, dicha sentencia de segunda instancia debe ser anulada al haberse expedido con plena afectación a las normas procesales vigentes y por ende a la garantía genérica del debido proceso.

265

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

Casación	183-2011-HUAURA
Fecha	05 de setiembre del 2012
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores y Santa María Morillo.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 396º, 423º y 425º.4 del NCPP.

RESUMEN:

El Órgano Jurisdiccional debe poner el conocimiento de todos los sujetos procesales la realización de la audiencia de apelación, en tanto les permite hacer valer sus posiciones antes de que la causa se resuelva en segunda instancia.

A pesar de que la asistencia de todas las partes es obligatoria, si es que la impugnación fue interpuesta por el Fiscal; ***la no concurrencia del imputado recurrido –y por tanto, no recurrente- no suspenderá el juicio****, toda vez que la audiencia se efectuará con la presencia de su abogado defensor. Por ello,* ***no es necesario que el imputado concurra a la audiencia de apelación, pero sí lo será su citación a ella.***

FUNDAMENTOS:

"**Cuarto:** Que, como se ha dejado anotado en los considerandos precedentes, son dos los puntos sobre los que este Supremo Tribunal debe efectuar algunas precisiones de carácter procedimental, respecto a concretas situaciones que vienen generando algunas divergencias entre el proceder de los Magistrados –al menos en este caso- que conforman las Salas de Apelaciones de las Cortes Superiores de Justicia donde ya se encuentra vigente el Código Procesal Penal con el criterio asumido por los representantes del Ministerio Público, siendo éstas las siguientes:

4.1. Respecto a la Convocatoria y asistencia del imputado a la audiencia de apelación:

4.1.1. Que, resulta claro de conformidad con el inciso uno del artículo cuatrocientos veintitrés del Código Procesal Penal que una vez que se ha decidido la admisibilidad de la prueba ofrecida –como ha sucedido en el presente caso- se deberá convocar a las partes, incluso a los imputados no recurrentes a la audiencia de apelación, efecto esta norma hace mención a que el Órgano Jurisdiccional debe poner en conocimiento de todos los sujetos procesales la realización de dicha audiencia, con el fin de dárseles la oportunidad a que puedan asistir y hacer valor sus posiciones antes que la causa sea resuelta en segunda instancia.

4.1.2. Que, asimismo, el inciso dos del citado dispositivo legal y que habría sido vulnerado, según alega el recurrente, con el proceder del Colegiado Superior, estipula: "*...Es obligatoria la asistencia del Fiscal y del imputado recurrente,* ***así como de todos los imputados recurridos en caso la impugnación fuere interpuesta por el Fiscal...***"; en efecto, dicha norma en principio establece la obligatoriedad de la asistencia del imputado recurrido ante la impugnación efectuada por el Fiscal; sin embargo, dicha norma debe ser comprendida y aplicada no de manera aislada y literal, sino que debe interpretarse en forma sistemática con las demás disposiciones que guardan relación con dicho permiso inicial dentro del marco jurídico vigente, así se tiene que el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintitrés de la norma acotada, señala: "***...Si los imputados son partes recurridas*** –se entiende no recurrentes- ***su inasistencia no impedirá la realización de la audiencia...***". Entonces, resulta razonable establecer que no obstante la obligatoriedad anotada, el Legislador ha previsto casos en los que no concurra el imputado recurrido, en tales supuestos la fórmula legal a seguir por el juzgador no es suspender el juicio, sino por el contrario, en esos casos la audiencia se debe llevar a cabo, tanto más si concurre el abogado defensor del procesado.

4.1.3. Que, al respecto el inciso uno del artículo setenta y uno del Código Procesal Penal establece: "*...el imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su abogado defensor los derechos que la Constitución y las leyes le conceden...*", como vienen a ser la tutela jurisdiccional efectiva, derecho de defensa, igualdad ante la Ley, a la doble instancia, entre otros; asimismo, se ha dejado anotado en el Recurso de Apelación número cero dos –dos mil nueve de la Libertad, fundamento octavo, lo siguiente: "*...pese a que la audiencia de apelación, en este caso, en atención a los motivos del recurso y al ámbito de sus objeciones no requiere de modo necesario la presencia del imputado (...)* ***La audiencia de apelación, por tanto, puede realizarse con la sola presencia de su abogado defensor, a quien***

debe reconocerse analógicamente la representación del imputado *y, por tanto, los derechos de intervención en todas las diligencias y de ejercicio de todos los medios de defensa que la ley reconoce (artículo setenta y nueve, apartado tres del Código Procesal Penal...".*

Asimismo, se ha dejado establecido en la Casación número uno – dos mil siete –HUARUA,, de fecha veintiséis de julio de dos mil siete, lo siguiente: "...*Es particularmente importante, a todos los efectos, la regla incorporada en el penúltimo extremo del apartado dos del examinado artículo doscientos setenta y uno del Nuevo Código Procesal Penal: "Si el imputado se niega por cualquier motivo a estar presente en la audiencia será representado por su abogado defensor o el defensor de oficio, según sea el caso". No es pues, absoluta la necesidad de presencia del imputado en la audiencia de prisión preventiva; es sí necesaria, su debida citación en su domicilio real o procesal –si lo hubiere señalado-, o su conducción al Juzgado cuando esté efectivamente detenido [con ello se cumple el principio de contradicción, se hace efectiva la garantía de tutela jurisdiccional –en cuanto acceso al proceso- y se afirma, a su vez, la garantía de defensa procesal]. SI el imputado se niega a asistir, sea porque huyó, porque no es habido –lo que denota imposibilidad material del Juez para emplazarlo- o porque, sencillamente, no quiere hacerlo –en ejercicio de su derecho material de defensa, o su propia estrategia procesal o por simple ánimo de sustracción o entorpecimiento procesal-, la audiencia se lleva a cabo con la representación técnica del abogado defensor, de confianza o de oficio...*"

4.1.4. Que, de lo expuesto, entonces, es de colegirse extensivamente que en los casos de inasistencia del imputado recurrido a la audiencia de apelación, no existe impedimento alguno para que dicha diligencia se lleve a cabo, con la presencia de los otros sujetos procesales, incluso dicha ausencia puede ser convalidada con la asistencia de su abogado defensor, lo que asegura el resguardo de todas las garantías que nuestro ordenamiento jurídico procesal penal prevé a su favor, en consecuencia, la obligatoriedad en la asistencia del imputado recurrido tiene una aplicación relativa, pues existen mecanismos supletorios, como es la asistencia de su abogado defensor, que garantizan en pleno los derechos y garantías procesales, en consecuencia, no es del caso considerar dicha inasistencia como vulneración de las normas legales de carácter procesal, debiendo interpretarse en forma sistemática lo dispuesto por el inciso dos del artículo cuatrocientos veintitrés del Código Procesal Penal.

4.1.5. Que, en cuanto a lo alegado por el recurrente en el sentido que ante la inasistencia del imputado a la audiencia de apelación, los Jueces Superiores no disponen previamente su conducción coactiva y declararlos contumaces,

cabe indicar que dicha disposición contenida en la parte final del inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintitrés, debe ser aplicada, caso por caso y no en forma definitiva, general e indiscriminada, ello pues en algunos casos concretos, la prueba de carga conocida por el Órgano Jurisdiccional en segunda instancia puede ser tan débil e insuficiente para cuestionar una decisión absolutoria de primera instancia, que sería razonablemente inadecuado de contumaz, cuando su presencia –que puede ser incluso convalidada con la asistencia de su abogado defensor- no sea determinante para definir la decisión judicial, entonces resulta adecuado precisar que en función a la naturaleza de los hechos y la prueba de cargo y de descargo que exista en cada caso particular, el Juzgador podrá adoptar la decisión que considere pertinente, proporcional y razonable en cada uno de ellos, sin que la no imposición de las medidas anotadas en la parte final del artículo cuatrocientos veintitrés del Código Procesal Penal signifique *per se* afectación al debido proceso.

4.2. Sobre la lectura de la sentencia emitida en segunda instancia por las Salas de Apelaciones de las Cortes Superiores de Justicia:

4.2.1. Que, respecto a la diligencia de lectura de sentencia, debe indicarse que en el Código Procesal Penal existen normas genéricas que regulan su desarrollo tras el juicio oral llevado a cabo tanto por el Juzgado Unipersonal o Colegiado, respectivamente, como se advierte del Título VI –artículo trescientos noventa y dos y siguientes- de la Sección III del citado Texto Legal –al respecto, el inciso tres del artículo trescientos noventa y seis establece lo siguiente. "*...La sentencia quedará notificada con su lectura integral en audiencia pública...*" -como las específicas vinculadas a la lectura de sentencia en segunda instancia, que se encuentra regulada en el artículo cuatrocientos veinticinco del Código acotado: que el inciso cuatro de este dispositivo legal señala: "*...**La sentencia de segunda instancia se pronunciará siempre en audiencia pública.** Para estos efectos se notificará a las partes la fecha de la audiencia. El acto se llevará a cabo con las partes que asistan. No será posible aplazarla bajo ninguna circunstancia...*", que de ello se puede precisar entonces que ya sea la sentencia de primera o de segunda instancia, es un supuesto normativo de ineludible cumplimiento por los Órganos Judiciales su lectura en audiencia pública –sin perjuicio de reconocerse lo estipulado en el segundo párrafo del artículo trescientos noventa y seis del Código Procesal Penal que establece: "...Cuando por la complejidad del asunto o la avanzada de la hora sea necesario diferir la redacción de la sentencia, en esa oportunidad se leerá tan solo su parte dispositiva y uno de los jueces relatará sintéticamente al público los

fundamentos que motivaron la decisión, anunciará el día y la hora para la lectura integral, la que se llevará a cabo en el plazo máximo de los ocho días posteriores al pronunciamiento de la parte dispositiva ante quienes comparezcan..."-

4.2.2. Que, en efecto, ello garantiza el conocimiento de los argumentos y la decisión judicial en forma oral a los justiciables presentes y al público recurrente, en consonancia con el espíritu del nuevo modelo procesal penal que busca ir aboliendo las prácticas inquisitivas que redundan en una reserva de las actuaciones judiciales, en tal sentido, el Código Procesal Penal plantea a lo largo del procedimiento un sistema de audiencia que garantiza no solo la contradicción de las posiciones entre los sujetos procesales durante el proceso, sino que también garantiza la publicidad en las actuaciones judiciales, que permite un adecuado control de la ciudadanía sobre la actuación de los Jueces, siendo la lectura de la sentencia una exigencia no solo de orden formal, sino que es a su vez una exigencia normativa que tiende a someter al escrutinio general la decisión adoptada, en consecuencia, y en cumplimiento o lo dispuesto en el inciso seis del artículo cuatrocientos veinticinco del Código Procesal Penal la sentencia de segunda instancia –al igual que la derivada del acto de juzgamiento en primera instancia- debe ser, primero, ineludiblemente **leída** –se entiende en audiencia pública, salvo las excepciones de la ley en que dicha diligencia se hará en forma reservada- y después de ello notificada a los sujetos procesales.

4.2.3. Que, cabe indicar que la disposición de publicar la decisión judicial en una página web resulta lógica y abona el conocimiento y difusión de las sentencias dictadas por este Poder del Estado, en tal sentido, debería ser una remisa general e inicial que tales publicaciones deban realizarse a través de los medios de difusión idóneos y legalmente autorizados y reconocidos para dicha finalidad, como resultan ser las páginas electrónicas de las diversas Cortes Superiores de Justicia; sin embargo, resulta ser un hecho evidente en nuestro país que en muchos casos no existe la logística necesaria ni la cultura de la publicidad que tienda a la difusión por tales medios informáticos de las sentencias dictadas, en consecuencia, si tomamos en cuenta que en la actualidad se está llevando a cabo en nuestro país el proceso de reforma en materia procesal penal de manera progresiva, no resulta equivocado ni irrazonable disponer la difusión de las decisiones judiciales, a través de otros mecanismos –como pueden ser otras direcciones electrónicas destinadas obviamente a la difusión de noticias y temas de interés de índole jurídico-, en tanto se vayan estableciendo las condiciones técnico-operativas y logísticas óptimas para alcanzar los fines publicísticos que enarbola el Código Procesal Penal." (Sic.)

266

§266. Valoración de la prueba personal en segunda instancia: Excepciones al principio de inmediación

Casación	636-2014-AREQUIPA
Fecha	03 de febrero de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodriguez Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Arts. 422° - 425° del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	2.4º

RESUMEN:

La prueba personal será valorada siempre que: primero, se haya admitido nueva prueba en segunda instancia, y, segundo, que ésta haya sido actuada en la audiencia de apelación. En ese sentido, se observa que el principio de inmediación desarrollado en la actuación de medios probatorios en audiencia de apelación permite el reexamen de una prueba personal, pese a que ésta haya sido actuada ante el juzgador de instancia.

FUNDAMENTOS:

2.4. SOBRE EL RECURSO DE APELACIÓN Y EL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN.

2.4.1. La garantía constitucional de la doble instancia (inciso sexto del artículo 139° de la Constitución), que "tiene por objeto garantizar que todo justiciable tenga la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional

sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal" -[STC Exp. N° 1755- 2007-PA/TC, fundamento jurídico cuarto]-, precisa que su materialización se produce en el sistema de impugnación que posee cada jurisdicción, siendo que nuestro sistema procesal penal lo recoge en el Libro Cuarto del Código Procesal Penal.

2.4.2. Al respecto, cabe precisar que el **recurso de apelación** es "(...) un recurso impugnatorio por el cual, quien se considere perjudicado por una resolución judicial o el Ministerio Público, puede acudir ante el órgano superior inmediato, a fin de que se vuelva a analizar lo actuado y se dicte otro fallo, lo cual supone una nueva valoración de las pruebas" -[CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El Proceso Penal. Teoría y jurisprudencia constitucional. Lima: Palestra Editores, 2006, pp. 488-489]-, configurándose así como el **medio impugnatorio por excelencia en el sistema procesal penal peruano,** regulado en la sección IV del Libro Cuarto del Código Adjetivo, advirtiéndose que su normatividad delimita su grado de actuación en estricto cumplimiento de las formalidades exigidas. Así, se tiene que en el nuevo modelo procesal penal es viable el ofrecimiento de pruebas en segunda instancia (apelación), las cuales serán admitidas conforme a lo establecido en el segundo inciso del artículo 422° del citado Código, desarrollándose la respectiva audiencia, conforme a lo previsto en el artículo 424° del Código Procesal Penal.

2.4.3. En ese sentido, lo alegado en el recurso de apelación será materia de examen por el Juzgador de mérito, respetando el principio *tantum apellatum quanto devollutum* (inciso primero del artículo 409° del Código Adjetivo), consistente en la prohibición de que el Tribunal de mérito se pronuncie por aquello que no haya sido impugnado. No obstante, se advierte que el Juzgador de mérito está sujeto a lo establecido en el artículo 425° al momento de su deliberación y análisis de la prueba actuada en segunda instancia y de las pruebas pericial, documental, preconstituida, anticipada y personal.

2.4.4. De esta manera, en el segundo inciso del artículo en mención el legislador otorga facultades de valoración probatoria al juzgador de mérito, indicándose estas posibilidades: i) se valorará la prueba actuada en la audiencia de apelación, y ii) se valorará la prueba pericial, documental, preconstituida y anticipada. Se advierte, entonces, que el principio de inmediación estará presente al momento de actuarse la nueva prueba en la audiencia de apelación, permitiéndose así un reexamen pleno del acervo probatorio existente. Asimismo, se produce una excepción al principio de inmediación en cuanto a la valoración de las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada, pues se permite

su reexamen por parte del juzgador de mérito, sin que éste haya presenciado en audiencia la formación de estos medios probatorios.

2.4.5. Al respecto, se tiene que la prueba personal si bien puede ser valorada en grado de apelación por el juzgador, no obstante, ésta no podrá tener diferente valor probatorio; así lo establece la segunda parte del inciso segundo del artículo 425° del Código Procesal Penal: "La Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Juez de primera instancia". Sin embargo, esta regla de valoración de la prueba personal puede ser modificada, exclusivamente en una situación: "[cuando] su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia" -extremo final de la segunda parte del inciso segundo del artículo 425° del Código Adjetivo-, advirtiéndose que la prueba personal será valorada siempre que: primero, se haya admitido nueva prueba en segunda instancia, y, segundo, que ésta haya sido actuada en la audiencia de apelación. En ese sentido, se observa que el principio de inmediación desarrollado en la actuación de medios probatorios en audiencia de apelación permite el reexamen de una prueba personal, pese a que ésta haya sido actuada ante el juzgador de instancia.

2.4.6. Sin embargo, cabe precisar que en cuanto a la valoración de la prueba personal la jurisprudencia emitida por este Supremo Tribunal ha precisado determinadas excepciones al principio de inmediación en su valoración por el Tribunal de mérito. Así, en la Casación N°05-2007-Huaura del once de octubre de dos mil siete, en su fundamento jurídico séptimo, refirió que **si bien el Tribunal de alzada no puede modificar la valoración del contenido de la prueba personal, en atención al principio de inmediación y de oralidad, sin embargo, precisó que existen "zonas abiertas" accesibles al control, en situaciones referidas al contenido de la prueba personal**. Siguiendo esa línea jurisprudencial, la Casación N°03-2007-Huaura del siete de noviembre de dos mil siete, en su fundamento jurídico undécimo, reiteró que **el contenido de la prueba personal puede ser merituada por el Juzgado de mérito, siempre que ésta haya sido entendida con manifiesto error, sea imprecisa, dubitativa, o haya podido ser desvirtuada por pruebas practicadas en segunda instancia**.

2.4.7. En la Casación N°54-2010-Huaura del tres de marzo de dos mil once, en su fundamento jurídico décimo primero, se define a la inmediación "como principio y presupuesto, [que] permite el acercamiento del Juzgador con todos los elementos que sean útiles para emitir una sentencia justa (...) [precisando que] **si el Colegiado Superior no tiene ante sí al testigo (prueba personal) es**

imposible que le otorgue diferente valor probatorio sin la actuación de otros medios probatorios que la cuestionen". Asimismo, la Casación N°87-2012-Puno del dieciocho de junio de dos mil trece, en su fundamento jurídico sétimo, indicó que **el principio de inmediación "tiene como finalidad mantener la más íntima relación posible, el más estrecho contacto con el Juzgador de una parte, los litigantes y la totalidad de los medios probatorios de la otra desde el comienzo del proceso hasta la sentencia final**"; además, en su fundamento jurídico noveno, precisa que "**el principio de inmediación se encuentra vinculado al principio de oralidad, la inmediación es una condición necesaria para la oralidad,** (...) es el acercamiento que tiene el juzgador con todo[s] los elementos que sean útiles para emitir sentencia. (...) **En consecuencia, la inmediación es una necesidad porque es una de las condiciones materiales imprescindibles para la formación y consolidación de conciencia con el que será expedido el fallo".**

2.4.8. En la Casación N°195-2012-Moquegua del cinco de setiembre de dos mil trece, referida a la institución denominada "condena del absuelto", se desarrolló en su considerando décimo segundo el principio de inmediación en relación al juicio oral de primera y segunda instancia, precisando que "la nueva regulación [Nuevo Código Procesal Penal] importa una limitación al derecho a los recursos de las partes, pues, si bien puede presentarse un recurso contra una sentencia, en principio no se podrá cuestionar la valoración de la prueba personal, precisamente porque ésta requiere inmediación, de la que carece el órgano Ad quem" -véase punto "12.5.2" de la citada ejecutoria-, más aún si considera que el principio de inmediación, en relación al principio de oralidad, constituyen el mecanismo idóneo para la formación de la convicción del juzgador -véase punto "12.2.11" de la citada ejecutoria-. Siguiendo esta línea jurisprudencial, la Casación N° 385-2013-San Martín del cinco de mayo de dos mil quince, referida a la institución de la "condena del absuelto", en su fundamento jurídico "5.16", señala que si bien el juzgador Ad quem no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal, sin embargo, "si bien corresponde al Juez de primera instancia valorar la prueba personal, empero el Ad quem está posibilitado a controlar, a través del recurso de apelación, si dicha valoración infringe las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia".

2.4.9. En consecuencia, en nuestra jurisprudencia se ha establecido que excepcionalmente la prueba personal sí es susceptible de valoración por el Tribunal de mérito, siempre que la valoración realizada por el Juzgador de instancia infrinja las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, además

de las garantías exigidas por el Acuerdo Plenario N°02-2005/CJ-116 -[ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia en la incriminación]-; precisándose que el Juzgador de mérito podrá valorar y/o controlar la prueba personal en aquellas zonas abiertas de su declaración, es decir, "los aspectos relativos a la estructura racional del propio contenido de la prueba, ajenos en sí mismos a la percepción sensorial del juzgador de primera instancia" -Casación N°03-2007-Huaura, fundamento jurídico undécimo-, además de otorgarle un diferente valor probatorio en la sentencia de vista, situaciones que en ningún modo infringe alguna garantía constitucional.

2.4.10. En ese sentido, al advertirse que el Juzgador de mérito accede a la prueba personal actuada en primera instancia a través de medios técnicos de grabación u otro mecanismo técnico que reproduzca las actuaciones probatorias del juicio oral, se tiene que el citado Juzgador reexamina la prueba personal, a efectos de detectar alguna infracción normativa en su valoración, mas no está permitido a otorgarle un diferente valor probatorio, salvo en las excepciones señaladas en el considerando anterior; precisándose que la variación del valor probatorio de la prueba personal en segunda instancia, por sí sola, no será suficiente para sustentar una sentencia de vista que perjudique la situación jurídica del procesado, más aún si existen medios probatorios de otra naturaleza (prueba documental, pericial, entre otras) que contradicen su valoración.

267

§267. Límites de la decisión del tribunal de apelación respecto del absuelto en primera instancia.

Casación	194-2014-ANCASH
Fecha	27 de mayo de 2015
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Villa Stein.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodriguez Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores, Loli Bonilla.
Disposiciones estudiadas	Art. 425° del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	4.3 al 4.13

RESUMEN:

El tribunal de apelación no puede condenar al absuelto en primera instancia. Si detecta un error en la aplicación del derecho objetivo y/o procesal que ameritarían una condena, sólo podrá anular el fallo de primera instancia a fin que se emita un nuevo pronunciamiento acorde a derecho.

FUNDAMENTOS:

LA CONDENA DEL PROCESADO POR PARDE DEL TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTANCIA DESPUÉS DE HABER SIDO ABSUELTO POR EL JUZGADOR DE PRIMERA INSTANCIA.

4.3. A la fecha en que es emitida esta sentencia casatoria, el tema de la condena del absuelto como facultad del tribunal de apelaciones para revocar la sentencia de primera instancia que absolvió al procesado y reformándola lo condenal, ya ha sido objeto de pronunciamiento por parte de este Supremo

Tribunal en las sentencias recaídas en la Casación Nº 385-2013- San Martín y la Casación Nº 195-2012- Moquegua. Siendo sobre la base de las conclusiones ya alcanzadas se desarrollará la doctrina jurisprudencial en este caso.

4.4. Así las cosas, se tiene que la línea jurisprudencial más reciente de este Supremo Tribunal en la Casación Nº 385-2013- San Martín, del cinco de mayo del presente año (2015), ha sostenido que: "Cabe hacer mención que la condena del absuelto despoja al condenado, que por primera vez en segunda instancia [es condenado,] de su derecho a impugnar, pues el contenido del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos es claro al referir que la impugnación del fallo condenatorio no es una posibilidad ni una facultad sometida al poder discrecional de los órganos de justicia, sino que constituye un derecho reconocido al imputado".

4.5. A esta solución se arribó en consonancia con la jurisprudencia y, esencialmente, con la normativa internacional que incide directamente sobre la condena del absuelto. En efecto, el pacto internacional de Derecho Civiles y Políticos –en adelante PIDCP- en el inciso quinto del artículo catorce reza: "Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a los prescrito por la ley"

4.6. En la actualidad se sabe que las normas jurídicas pueden estar estructuradas como normal y como principios. La norma estructurada como principio es un mandato de optimización (Optimierungsgebote), mientras que la norma estructurada como regla es un mandato definitivo (definitiva Gebote)2, capaz de ser aplicado por subsunción por cuanto "obligan, prohíben o permiten algo en forma definitiva".

4.7. Así las cosas, la norma internacional antes citada (lnc. 5 del Art. 14 del PIDCP es una regla en tanto manda de modo definitivo que cuando se verifica el presupuesto de hecho consistente en una declaración de responsabilidad penal (culpabilidad en palabras del PIDCP), una sentencia condenatoria; se desencadena una consecuencia jurídica consistente en que se pueda cuestionar, impugnar, esa condena ante un tribunal superior. En pocas palabras, el procesado tiene derecho a cuestionar el fallo condenatorio ante un tribunal superior.

4.8. En el fondo, no se debate si condenar en segunda instancia es posible, pues sí lo es, pero se exige que si esa posibilidad existe, el condenado por primera vez en segunda instancia tenga a su disposición un recurso devolutivo3 donde el juzgador tenga facultades amplias de control. En esencia, se ha determinado que el derecho a la doble instancia, que gozan toda parte procesal, tiene un contenido

especial en el caso de la parte que actúa como defensa. Dicho contenido es el derecho de impugnar el fallo condenatorio ante un tribunal superior que goce de amplias facultades de control.

4.9. En este escenario, alguien podría sostener que se garantiza ese derecho a la instancia plural de quien es condenado en segunda instancia mediante el recurso de casación. Sin embargo, esta posibilidad ya ha sido descartada en el fuero internacional y en el fuero nacional4 en tanto la casación es un recurso extraordinario, con finalidades específicas, limitado a las causales expresamente recogidas en la norma procesal y que además cuenta con vallas de procedencia establecidas por la ley6. Y en consecuencia el tribunal de casación no goza de esas amplias facultades de revisión con las cuales debe contar el tribunal que revise el fallo condenatorio.

4.10. En este orden de ideas, la apelación es "el medio habilitado por el legislador para trasladar una resolución judicial de la primera instancia, a través del cual el superior jerárquico a aquel que dictó la resolución impugnada puede revisar no solo los resultados del órgano inferior, sino también su actividad procesal"7. Si hemos descartado la posibilidad de considerar a la casación como el mecanismo impugnatorio idóneo para lograr garantizar la pluralidad de instancias del condenado en segunda instancia, pese a haber sido absuelto en primera instancia, el recurso de apelación se muestra como un medio impugnatorio idóneo para lograr dicha finalidad.

4.11. El problema es que un recurso de las características necesarias para satisfacer las exigencias del inciso quinto del artículo catorce del PIDCP implicaría la posibilidad de apelar el fallo de segunda instancia que condena por primera vez a quien fue absuelto en primera instancia. Para remediar este problema se han propuesto dos soluciones contenidas en la casación Nº 385-2013- San Martín en sus fundamentos jurídicos: cinco punto veintiséis (5.26) en el cual se propone la habilitación de salas revisoras en cada distrito judicial para que realicen el juicio de hecho y de derecho del condenado por primera vez en segunda instancia; y en el cinco punto veintisiete (5.27) que se propone la habilitación de un medio impugnatorio adecuado para la condena del absuelto.

4.12. A la fecha de la presente sentencia, ninguna de las soluciones propuestas antes expuestas ha sido realizada. Consecuentemente, si nos encontramos ante un vicio determinado por la ausencia de un presupuesto procesal de existencia8 por no haber - por no existir – un órgano jurisdiccional capaz de revisar la condena del absuelto9, la consecuencia jurídica que se desencadena es la nulidad por ser un vicio en el proceder (vicio in procedendo)10. Lo último

que falta por determinar es el alcance de la nulidad, hasta donde se debe anular el proceso en donde se ha condenado en segunda instancia a quien fue absuelto en primera instancia.

4.13. En atención a todo lo expuesto y con el fin de salvaguardar el derecho del condenado por un delito a recurrir el fallo, mientras no se implemente ninguna de las propuestas dadas por este Supremo Tribunal, corresponde anular el fallo condenatorio dictado en primera y segunda instancia para que si en un nuevo juicio se le encontrara culpable del delito imputado, tenga la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria por medio de un recurso de apelación.

268

§268. Imposibilidad de imponer una pena mayor a la impuesta en una sentencia anulada cuando dicha nulidad ha sido provocado por la defensa

Casación	822-2014- AMAZONAS
Fecha	18 de mayo de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Villa Stein.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodriguez Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 426°, inciso 2 del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	2 al 21

RESUMEN:

Cuando el procesado impugna la sentencia solicitando su nulidad, no se ve amedrentado por la posibilidad de ver empeorada su situación jurídica con el resultado que del nuevo juicio emane. Esto viene a ser un supuesto de prohibición de reforma peyorativa –reformatio in peius– que tiene como referente la sentencia anulada.

Se prohíbe la aplicación de una pena superior a la que se impuso en la sentencia emitida en el juicio que fue anulado por razón de un recurso a favor del procesado

FUNDAMENTOS:

2. El artículo 429 en su inciso 2 –Nuevo Código Procesal Penal– regula como una de las causales para interponer la casación la **infracción de normas procesales sancionadas con nulidad.** Esto significa que la corte suprema, como máxima instancia de la justicia ordinaria, puede casar

aquella sentencia que injustificadamente no aplica una norma procesal en el caso concreto.

3. A esta norma subyace la idea de que el recurso de casación permite que este supremo tribunal verifique que los jueces apliquen las normas pertinentes en el proceso. Ello no es sino una expresión del derecho al debido proceso por cuanto toda persona tiene derecho a una resolución fundada en derecho.

4. Así las cosas, tenemos que en el presente caso hemos de verificar que no se aplicó la norma procesal penal contenida en el inciso 2 del artículo 426 del Nuevo Código Procesal Penal cuyo texto es el siguiente:

> Si el nuevo juicio se dispuso como consecuencia de un recurso a favor del imputado, en éste no podrá aplicarse una pena superior a la impuesta en el primero.

5. La citada norma procesal prohíbe la aplicación de una pena superior a la que se impuso en la sentencia emitida en el juicio que fue anulado por razón de un recurso a favor del procesado. Con ello, para aplicar esta norma es necesario: la existencia de una primera sentencia condenatoria, que la misma sea anulada por un recurso en favor del sentenciado, y que exista una segunda sentencia condenatoria donde se impone una pena superior a la establecida en la primera sentencia condenatoria.

6. Esta opción legislativa es un supuesto que evita empeorar la situación jurídica de quien logra la nulidad de la sentencia en uso de su derecho a la impugnación.

Normalmente, al haber sido declarada nula la sentencia del primer juicio, lo allí actuado o decidido no tendría por qué causar efecto alguno en la segunda sentencia. No obstante, el legislador es quien ha optado por establecer una excepción a esta regla con el inciso 2 del artículo 426 del Nuevo Código Procesal Penal.

7. El resultado es que cuando el procesado impugna la sentencia solicitando su nulidad, no se ve amedrentado por la posibilidad de ver empeorada su situación jurídica con el resultado que del nuevo juicio emane. Esto viene a ser un supuesto de prohibición de reforma peyorativa –reformatio in peius– que tiene como referente la sentencia anulada. Aquello que no puede empeorar la situación del procesado, es la sentencia condenatoria que se emita en el nuevo juicio en el extremo de la cantidad de pena a imponer.

8. En la medida que el artículo objeto de análisis habla de "un recurso a favor del imputado", se entiende que dicho recurso puede haber sido interpuesto tanto por la defensa como por el Ministerio Público –tal como lo recoge el lit. "a" del inc. 1 del art. 405 del Nuevo Código Procesal Penal[2]– en cumplimiento de su rol de defensor de la legalidad.

9. Una vez que se verifica que el nuevo juicio tuvo lugar por un recurso a favor del procesado, la pena impuesta en el primer juicio se vuelve un límite infranqueable conforme lo prescribe el inciso 2 del artículo 426 del Nuevo Código Procesal Penal. Lo que corresponde es preguntarnos sobre la naturaleza jurídica de esta prohibición ¿limita las facultades del juez o regula la consecuencia jurídica del delito?

10. Si entendemos que el dispositivo legal mencionado limita las facultades del juez que componen los elementos de la jurisdicción, específicamente su iuditio –facultad de determinar el derecho–, entonces nos encontraremos ante un error en el proceder –error in procedendo– y corresponde la anulación del acto procesal viciado a menos que el mismo pueda ser subsanado por el tribunal revisor.

11. Si por el contrario entendemos que esta norma regula la consecuencia jurídica de la norma penal, entonces nos encontraremos ante un error en enjuiciamiento –error in iudicando, alude a errores en la operación intelectiva de aplicar el derecho al tema de fondo– y corresponderá la revocación mediante la aplicación correcta del derecho.

12. La determinación del tipo de error en que incurre el juzgador no es cosa fácil. En la medida que todo derecho exigido judicialmente se determina en el seno del proceso, se podría afirmar que todo error, incluso la incorrecta aplicación del derecho sustantivo, es un error in procedendo[4]. La diferencia cualitativa del error debe ser encontrada en que "los vicios in iudicando se cometen cuando el juez resuelve sobre el fondo del asunto, mientras que los in procedendo acontecen en cualquier otro caso en la aplicación de la norma no haya tenido por fin resolver el objeto del litigio".

13. La pena en tanto consecuencia jurídica del delito, es de naturaleza penal y por ende de derecho sustantivo en tanto versa sobre el fondo del litigio. En el proceso penal se ventila la responsabilidad penal del procesado, tanto respecto a los hechos que se prueban en el juicio, como en la subsunción típica –identidad entre el hecho y la ley penal en la cual encajaría el mismo–. Naturalmente, todo tipo penal contempla un supuesto de hecho

y una consecuencia jurídica que normalmente es una pena privativa de libertad.

14. Incluso su determinación está regulada en el Código Penal –arts. 45, 46, 46-A, 46-B, 46-C, 46-D y 46-E– porque se entiende que la cantidad de pena encuentra correspondencia en el reproche que la sociedad hace al individuo por haber defraudado una expectativa normativa.

15. La norma contenida en el inciso 2 del artículo 426 del Nuevo Código Procesal Penal, no regula la determinación judicial de la pena, como sí lo hacen los dispositivos antes señalados del Código Penal. Lo que establece es un tope a la facultad del juez de determinar la pena a imponer en la sentencia que emana del nuevo juicio.

16. En la medida que la norma bajo análisis condiciona la facultad del juez de decir el derecho objetivo por una situación procesal, esto es la nulidad de una sentencia anterior que fijó una pena específica, la naturaleza del error que acontece ante la inobservancia del inciso 2 del artículo 426 del Nuevo Código Procesal Penal es en el proceder –in procedendo–.

17. A esta conclusión abona el que su incidencia sea en el nuevo juicio, que tendrá como límite lo decidido en el juicio anterior que fue anulado; y el que la norma está contenida en el Nuevo Código Procesal Penal. Así las cosas, falta determinar si en el caso concreto resulta menester anular la sentencia impugnada o si se puede revocar su decisión evitando el reenvío de la causa.

18. La nulidad es la sanción más drástica que se desencadena por infracción a una norma procesal. Se entiende que es menester recurrir a esta consecuencia jurídica cuando no es posible que el tribunal revisor emita un pronunciamiento sobre el fondo sin vulnerar derechos de los justiciables. Ello, en tanto la finalidad del proceso es lograr el pronunciamiento del órgano jurisdiccional. Para conseguir ese cometido, el juez debe estar en las mejores condiciones posibles para aplicar el derecho.

19. En este orden de ideas, se vulneran derechos de las partes cuando el juez revisor está en las mismas condiciones que el juez que resolvió la causa antes que él. En estas condiciones el juez a quem –juez que revisa la sentencia impugnada– puede emitir directamente pronunciamiento sobre el fondo sin necesidad de reenviar la causa mediante la anulación.

20. Así las cosas, la imposición de la pena supone la verificación de supuestos hechos que son parte de los hechos probados en el juicio, como lo son

el vínculo entre el procesado y la víctima, los antecedentes penales, nivel cultural, costumbres, etc. Esto implica que tanto el colegiado superior como este supremo tribunal, puede corregir errores en la cantidad de pena porque los hechos que se requieren para aplicar el derecho ya han sido acreditados en primera instancia.

21. En tanto, todo el fenómeno procesal está destinado a presentar al juzgador un caso en condiciones de ser analizado sobre el fondo, la nulidad solo se desencadenará cuando el vicio procesal no pueda ser corregido por el tribunal revisor. Cuando el vicio sea superable, se emitirá pronunciamiento sobre el fondo.

269

§269. Límites del Tribunal Revisor para anular resolución que no fueron objeto de impugnación

Casación	300-2014-LIMA
Fecha	13 de noviembre de 2014
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Neyra Flores, Morales Parraguez, Cevallos Vegas.
Disposiciones estudiadas	Arts. 150°,154° y 409° del NCPP.

RESUMEN:

El Magistrado del Tribunal Revisor tiene la capacidad para declarar, de oficio, una nulidad absoluta, incluso cuando la misma no sea parte del ámbito de impugnación, pues ese tipo de nulidad puede conllevar a que otros actos procesales puedan ser viciados al ampararse en ella.

El Tribunal Revisor que declare la nulidad de un acto procesal, puede declarar la nulidad procesal de los actos procesales que dependieran de él, pues estos últimos le deben su existencia al primero.

FUNDAMENTOS:

Octavo: Alcance interpretativo del Art. 409° del código procesal penal, específicamente del pronunciamiento sobre pretensiones no invocadas por el impugnante.

El art. 409 del Código Procesal penal dispone lo siguiente:

> **"Artículo 409 Competencia del Tribunal Revisor.**
>
> 1. La impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante.
> 2. Los errores de derecho en la fundamentación de la decisión recurrida que no hayan influido en la parte resolutiva no la anulará, pero serán corregidos. De igual manera se procederá en los casos de error material en la denominación o el cómputo de las penas.
> 3. La impugnación del Ministerio Público permitirá revocar o modificar la resolución aún a favor del imputado. La impugnación interpuesta exclusivamente por el imputado no permite modificación en su perjuicio."

NOVENO: La mencionada disposición delimita el ámbito de alcance del pronunciamiento del Tribunal Revisor. La regla general ha sido establecida en el numeral 1, según ella el Tribunal Revisor solo podrá resolver la materia impugnada. Dicha regla se basa en el principio de congruencia. Este principio determina que exista una correlación directa entre el ámbito de resolución de segunda instancia y el objeto de la apelación planteado por las partes.

DÉCIMO: De esta forma, el objeto de la apelación determina el ámbito de actuación del Tribunal Revisor, el cual *-en principio-* debe limitarse solo a los extremos que han sido materia de impugnación.

DECIMO PRIMERO: La razón por la que se estableció esta regla obedece a no afectar dos garantías básicas del proceso penal. La primera es el derecho a la defensa, pues o es Tribunal Revisor podría modificar, sea aumentando o retirando parte de los actos procesales no impugnados, podría dejar en indefensión a una de las partes que no ha podido plantear sus argumentos antes de que el pronunciamiento sea emitido.

La segunda es el derecho a la seguridad jurídica, pues podría tratarse de afectar resoluciones que tienen el carácter de consentidas, lo que resultaría sumamente lesivo para esta institución.

DÉCIMO SEGUNDO: La presente regla general tiene dos grandes excepciones. La primera, dispuesta por el mismo artículo cuatrocientos nueve en la segunda parte de su numeral 1, es que se trate de actos procesales que tengan vicios que conlleven a una nulidad absoluta. La segunda es la declaratoria de

nulidad de actos procesales conexos al objeto de impugnación. Ambos serán tratados en la siguiente sección.

Determinación de la capacidad nulificante de la instancia de mérito u su ámbito de extensión.

DÉCIMO TERCERO: El mismo artículo cuatrocientos nueve, la segunda parte de su numeral primero establece la excepción a la regla general antes mencionada. Esta excepción dispone que *-incluso cuando no hubiere sido advertido por el impugnante-* el Tribunal Revisor puede pronunciarse sobre puntos distintos al objeto de impugnación, sí se tratase de nulidades absolutas o sustanciales.

DÉCIMO CUARTO: La nulidad de un acto procesal implica que el mismos se encontraba viciado y por tanto debía dejar de existir en el ordenamiento jurídico. En atención a la gravedad de la causal de nulidad es que se puede hablar de nulidades absolutas y de nulidades relativas. La diferencia entre ambos tipos radica en la gravedad del vicio que de origen a la nulidad. Si se tratara de vicios leves, los cuales naturalmente podrían ser susceptibles de convalidación, entonces nos encontramos frente a una nulidad relativa. Por el contrario, si nos hallamos frente a vicios muy graves, entonces nos encontraremos frente a la nulidad absoluta. El Código Procesal Penal define qué es una nulidad absoluta en su artículo ciento cincuenta, en los siguientes términos:

> *"No será necesaria la solicitud de nulidad de algún sujeto procesal y podrán ser declarados aun de oficio, los defectos concernientes:*
>
> *a) A la intervención, asistencia y representación del imputado o de la ausencia de su defensor en los casos en que es obligatoria su presencia; b) Al nombramiento, capacidad y constitución de Jueces o Salas; c) A la promoción de la acción penal, y a la participación del Ministerio Público en las actuaciones procesales que requieran su intervención obligatoria; d) A la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución.*

El criterio seguido en esta definición es que la protección de los derechos fundamentales es parte de la esencia del ordenamiento jurídico y, por tanto, labro del Magistrado. Entonces podemos señalar que una grave atención a los mismos será entendible como un vicio grave que acarreé la nulidad del acto procesal que la originó.

DÉCIMO QUINTO: El Magistrado del Tribunal Revisor tiene la capacidad para declarar, de oficio, una nulidad absoluta, incluso cuando la misma no sea parte del ámbito de impugnación, pues ese tipo de nulidad puede conllevar

a que otros actos procesales puedan ser viciados al ampararse en ella. Por tanto, y también atendiendo al rol de garante que cumple el Magistrado al interior del proceso penal, él se encuentra facultado normativamente a intervenir en estos casos.

DÉCIMO SEXTO: La segunda excepción, estrechamente vinculada al caso de las nulidades absolutas, es la competencia Tribunal para pronunciarse sobre aquellos actos procesales que no formaron parte de la impugnación presentada. Desde nuestra perspectiva, es posible un pronunciamiento del Tribunal Revisor, más allá del objeto de impugnación, si es que se trata de una declaratoria de nulidad de oficio, y, existiesen actos procesales vinculados al acto procesal declarado nulo, los cuales- consecuentemente- también deben ser declarados nulos, por más de que estos últimos no formen parte del objeto de la impugnación.

DÉCIMO SÉTIMO: La competencia establecida en el párrafo anterior proviene del artículo ciento cincuenta y cuatro del Código Procesal Penal, el cual señala que:

> *"Artículo 154 Efectos de la nulidad. -*
>
> 1. *La nulidad de un acto anula todos los efectos o actos consecutivos que dependen de él. El Juez precisará los actos dependientes que son anulados".*

Por tanto, queda absolutamente claro que el Tribunal Revisor que declare la nulidad de un acto procesal, puede declarar la nulidad procesal de los actos procesales que dependieran de él, pues estos últimos le deben su existencia al primero.

270

§270. Abstención de pronunciamiento de Fiscal superior en audiencia de apelación

Casación	475-2013-TACNA
Fecha	17 de junio de 2015
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores, Loli Bonilla.
Disposiciones estudiadas	Arts. 61°, inciso 1 y 420°, inciso 5 del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	2.2.6.1.3 al 2.2.7.2.1

RESUMEN:

El numeral 5 del artículo 420º del Código Procesal Penal, señala que la concurrencia de las partes a la audiencia de apelación de autos es optativa, es decir, no es obligatoria. En ese sentido, la abstención de emitir pronunciamiento del Fiscal Superior, quien acude a la audiencia de apelación de auto, por un recurso interpuesto por otra parte procesal, no afecta el derecho a la debida motivación, de resoluciones judiciales.

FUNDAMENTOS:

2.3. CUESTIONAMIENTO REFERIDO A LA ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 64º, NUMERAL 1, DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL.

2.3.1. Desde el punto de vista jurídico, la interpretación jurídica por excelencia es la que pretende descubrir para sí mismo (comprender) o para los

demás (revelar) el verdadero pensamiento del legislador o explica el sentido de una disposición. En el mismo sentido, interpretar una norma jurídica es esclarecer su sentido y precisamente aquel sentido que es decisivo para el ámbito jurídico.

2.3.2. La teoría de la interpretación jurídica es la parte de la Teoría General. 1 del Derecho destinada a desentrañar el significado último del contenido de las normas jurídicas cuando su sentido normativo no queda claro a partir del análisis lógico-jurídico interno de la norma. Por lo tanto, la interpretación es la técnica que conduce a la compresión del sentido de la norma jurídica y determina el sentido exacto de la norma.

2.3.3. El formalismo interpretativo parte de la idea de que toda norma tiene siempre un único significado correcto, o dicho de otra manera, de que la interpretación conforme a ley no puede ser más que una, la cual, el peor de los casos, solo espera ser descubierta por el intérprete. El Juez que conoce necesariamente el derecho, debe limitarse a declararlo en el caso concreto, no a crearlo. Será por ello la actividad jurisdiccional una actividad meramente declarativa a través de la que se exterioriza y hace pública por el Juez la única interpretación correcta, o mejor válida de la norma, la cual, por lo demás, no surge *ex novo* con la sentencia pues se entiende que la norma existe con anterioridad en el propio texto legal y que simplemente ha sido deducida judicialmente según los cánones de la lógica formal.

2.3.4 A ello, se debe agregar que cuando una resolución incurre en error ya sea en la interpretación de la ley sustantiva o en la ley procesal, se trata de un supuesto en que la resolución, objeto de impugnación, es contrario a derecho. Desde esta perspectiva el error es el concepto de equivocación o la falsa representación de una cosa.

2.3.5. En el caso sub judice el recurrente sostiene que se interpretó erróneamente el artículo 64º, numeral l, del Código Procesal Penal, el señala que "El Ministerio Público formulará sus Disposiciones, requerimientos y Conclusiones en forma motivada y específicas, de manera q e basten así mismos, sin remitirse a las decisiones del Juez, ni a Disposiciones o requerimientos anteriores".

A continuación, dicha norma será interpretada sistemáticamente:

2.2.6.1 EL MINISTERIO PÚBLICO Y LA DEBIDA MOTIVACIÓN.

2.2.6.1.1 El Ministerio Público es una entidad autónoma encargada, entre otras cuestiones, de la defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho. Asimismo, representa a la sociedad en los procesos judiciales (artículos 158º y 159º de la Constitución Política del Estado), siendo por lo tanto

el titular de la acción penal. Se coloca así a esta entidad en una situación cuya toma de decisiones puede afectar de una u otras formas situaciones jurídicas de relevancia, lo que supone que la institución guarde un mínimo de motivación en sus resoluciones. Este criterio se enmarca dentro del principio de interdicción de la arbitrariedad.

2.2.6.1.2 Asimismo, el Tribunal Constitucional señaló que "En lo que respecta al derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución, cabe señalar que dicho atributo fundamental forma parte del "modelo constitucional del proceso", cuyas garantías mínimas deben ser respetadas para que el proceso pueda considerarse debido. En ese sentido, la exigencia de su efectivo respeto no solo tiene que ver con la necesidad de garantizar a todo justiciable determinadas garantías mínimas cuando este participa en un proceso judicial, sino también con la propia validez de la configuración del proceso, cualquiera que sea la materia que en su seno se pueda dirimir, como puede ser la actividad investigadora que desarrolla el fiscal penal en sede prejurisdiccional. De esta forma, el debido proceso no solo es un derecho de connotación procesal que se traduce, como antes se ha dicho, en el respeto de determinados atributos, sino también una institución compleja que desborda el ámbito meramente jurisdiccional[189]"

2.2.6.1.3. En ese sentido, si bien se exige a los representantes del Ministerio Público una motivación adecuada y coherente de sus pronunciamientos; sin embargo, dicha norma no es aplicable al caso concreto, pues su actuación procesal no se circunscribe a una petición formulada por el Fiscal Superior, al no ser parte recurrente en sede de apelación, sino a una ratificación del pedido de requerimiento de sobreseimiento que solicitó el Fiscal Provincial a causa de su abstención de pronunciamiento; toda vez que, si bien los representantes del Ministerio Público se rigen por el principio de independencia, al adecuarse sus actos a criterios objetivos, rigiéndose únicamente a la Constitución y a la Ley, sin perjuicio de las directivas o instrucción que emita la Fiscalía de la Nación[190]; sino también se rigen bajo otros principios rectores, siendo uno de estos el unidad de actuación, que procura que las políticas de persecución penal sean uniformes y persigan objetivos comunes, y de jerarquía, el cual deben sujetarse a las instrucciones que les impartan sus superiores. Tales principios tratan de dotar de coherencia y unidad al ejercicio de las funciones constitucionales que establece

---

189 Fundamento Jurídico 5 del Expediente N.° 02521-2005-PHC/TC

190 Numeral 1, del artículo 61° del Código Procesal Penal.

el artículo 159° de la Constitución Política del Estado a fin de establecer una coordinación conjunta entre los Fiscales de los distintos niveles en atención a la política de persecución criminal.

2.2.7.2. La obligatoriedad de concurrencia en apelación de autos por el Ministerio Público.

2.2.7.2.1. A ello, abona que el numeral 5 del artículo 420° del Código Procesal Penal, señala que la concurrencia de las partes a la audiencia de apelación de autos es optativa, es decir, no es obligatoria. En ese sentido, la abstención de emitir pronunciamiento del Fiscal Superior, quien acude a la audiencia de apelación de auto, por un recurso interpuesto por otra parte procesal, no afecta el derecho a la debida motivación, de resoluciones judiciales, más aun si la Directiva N°005-2012- MP-FN, referida a los casos que se tramiten con las normas del nuevo código procesal penal, establece que "respecto a la interposición de los recursos de apelación por otros sujetos procesales, el Fiscal Superior no está obligado a pronunciarse por escrito ni a concurrir a la audiencia de apelación.

271

§271. Casación fundada: infracción a las reglas de valoración de prueba documental

Casación	330-2016-HUAURA
Fecha	18 de octubre de 2018
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pacheco Huancas.
Jueces Supremos	Lecaros Cornejo, Figueroa Navarro, Quintanilla Chacón, Castañeda Espinoza, Pacheco Huancas.
Disposiciones estudiadas	Art. 425 inc. 2 del NCPP.

RESUMEN:

En el caso concreto, la Sala Penal de Apelaciones no ha señalado que reglas de la valoración utilizó para arribar a su decisión. Esta decisión afectó la garantía constitucional del debido proceso al no haber sido contrastada con elementos probatorios adicionales que justifiquen su decisión. Por ende, se ha inobservado el numeral dos del artículo cuatrocientos veinticinco del Código Procesal Penal.

FUNDAMENTOS:

DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO

DECIMOQUINTO. Este Tribunal Supremo, como garante y protector del control de las garantías constitucionales, le corresponde verificar el motivo de casación. En este caso, se debe establecer si existió infracción a la garantía constitucional de carácter procesal del debido proceso, conforme a la causal del numeral uno, del artículo cuatrocientos veintinueve, del Código Procesal Penal.

Se alega inobservancia del numeral dos, del artículo cuatrocientos veinticinco, del referido cuerpo legal; esto es, si la Sala de Apelaciones otorgó diferente valor probatorio al examen siquiátrico practicado al procesado (cuya conclusión fue que no se puede precisar si el absceso escrotal que presentaba el procesado, generaría disfunción eréctil). Asimismo, si este razonamiento coincide con los medios probatorios y no existe otros elementos de cargo en contra del imputado.

DECIMOSEXTO. A efectos de verificar si se ha vulnerado o no el derecho al debido proceso, este Supremo Tribunal solo examinará las piezas procesales para contrastar o verificar las conclusiones arribadas en dicha decisión, y si corresponden al juicio racional y objetivo o por el contrario si se incurrió en la infracción alegada por el casacionista.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

CUADRAGÉSIMO TERCERO. En este caso, en la audiencia de apelación ante la

Sala de Apelaciones, no se actuó prueba distinta a la declaración del sentenciado –acta de audiencia de apelación de sentencia de página ciento treinta y ocho–; es decir, en ese contexto el Tribunal de alzada, solo podía efectuar un control de la estructura racional del contenido de la prueba; situación que no se observa en el presente caso.

CUADRAGÉSIMO CUARTO. La documental valorada por la Sala de Apelaciones es la Evaluación Siquiátrica número 022189-2015-PS1, suscrita por los médicos siquiatras Melva Pino Echegaray y Sami José Acuña Buleje –página setenta y ocho del expediente judicial–, que concluyó: "No podemos precisar si con la enfermedad que presentó Ricardo Antonio Ortega Suarez (absceso escrotal y fístula escrotal) podía presentar disfunción eréctil".

CUADRAGÉSIMO QUINTO. La Sala de Apelaciones, en el fundamento veintidós de la sentencia impugnada, señaló: "[...] en la evaluación siquiátrica número 022189-2015-PSQ, que fue materia de oralización en el juicio oral de primera instancia, los médicos legistas han concluido: no podemos precisar si con la enfermedad que presentó Ricardo Antonio Ortega Suárez (absceso escrotal y fistula escrotal) podía presentar disfunción eréctil [...]. Es decir no existe prueba de cargo que establezca fehacientemente que debido a las enfermedades que el acusado registra –lo cual si se encuentra probado, en mérito a la historia clínica e informes médicos oralizados en el juicio oral de primera instancia, este presenta

disfunción eréctil, ante ello el Tribunal de primera instancia, sin negar dicha posibilidad condena al acusado porque existiría probabilidad –no acreditada- que no tenga problemas de erección. Ante lo cual, se debe tener presente que no es posible condenar en mérito a probabilidades, el Colegiado debió condenar por tener certeza que el acusado pese a las enfermedad que padece no presenta disfunción eréctil, lo cual no se encuentra acreditado".

CUADRAGÉSIMO SEXTO. En el fundamento veintitrés, señaló: "[...] el artículo diecisiete, establece que no es punible la tentativa, cuando es imposible la consumación de un delito por la ineficacia absoluta del medio empleado, es lo que la doctrina conoce como delito imposible, siendo que en el presente caso, no ha sido posible determinar si nos encontramos ante la ineficacia absoluta o relativa del medio empleado, es decir si el acusado debido a las enfermedades que padece presenta disfunción eréctil que le imposibilita cometer el delito de violación sexual, por lo que ante este supuesto de incertidumbre e insuficiencia probatoria sobre el particular, lo que corresponde es absolver al acusado de los cargos imputados por el fiscal por cuanto es factible en el caso en concreto, nos encontremos ante una tentativa inidónea que conforme a la norma citada no es punible".

CUADRAGÉSIMO SÉTIMO. No obstante, respecto a la valoración de esta documental, el Juzgado Penal Colegiado, en el fundamento nueve punto diecinueve, señaló: "En ese sentido, consideramos que de los medios de prueba aportados por la defensa, como son la declaración de la esposa del acusado, la historia clínica del Hospital San Juan Bautista de Huaral y dos informes médicos estaría acreditado las enfermedades del acusado, pero de ninguna manera se acredita que el grado de disfunción eréctil sea absoluta, lo cierto es que las leyes de la experiencia nos conllevan a establecer que un paciente con los diagnósticos señalados es posible que tenga problemas de erección pero no de manera absoluta, por tanto no se configuraría la imposibilidad absoluta del medio empelado, sino que se trataría de una imposibilidad relativa. En estos casos será recomendable tipificar la conducta en el artículo dieciséis".

CUADRAGÉSIMO OCTAVO. En esa línea, es claro que en este caso, no estamos ante una prueba personal sino documental, que es la Evaluación Psiquiátrica número 022189-2015-PS1, suscrita por los médicos psiquiatras Melva Pino Echegaray y Sami José Acuña Buleje, y conforme al artículo cuatrocientos veinticinco, numeral dos, del Código Procesal Penal, la Sala de Apelaciones puede valorarla, siempre y cuando respete las reglas de la sana crítica, prescritas en el numeral uno, del artículo ciento cincuenta y ocho, del Código Procesal Penal,

que prescribe: "1. En la valoración de la prueba el juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados".

CUADRAGÉSIMO NOVENO. En el presente caso, la Sala de Apelaciones no ha señalado qué reglas de valoración utilizó para arribar a su decisión. Así, la Evaluación Siquiátrica número 022189-2015-PSQ, de página setenta y ocho del expediente judicial, fue elaborada a solicitud del Ministerio Público, conforme se advierte del apartado II. Motivo de la evaluación: Relato: "Oficio N.° 2261-2017-FPPCH-MP. Se sirva emitir pronunciamiento con respecto a si de acuerdo a los diagnósticos de enfermedades que el imputado tendría según su historia clínica. Este podría presentar impotencia sexual al veintitrés de agosto de dos mil catorce (fecha en que habrían ocurrido los hechos o si dicha enfermedad no eran causantes de impotencia sexual". Es decir, pese a que no tiene como fuente el informe médico físico o similar, o que haya sido contrastado con los elementos probatorios que sustentaron la condena, concluyó en una tentativa inidónea por imposibilidad del medio empleado (al no haberse descartado que el procesado presente disfunción eréctil).

QUINCUAGÉSIMO. Es claro, que la sentencia recurrida inobservó el numeral dos, del artículo cuatrocientos veinticinco, del Código Procesal Penal, respecto a la valoración de la prueba documental, al infringir las reglas de la valoración de la prueba contenidas en el artículo ciento cincuenta y ocho del referido código, por lo que corresponde realizar una nueva audiencia de apelación que dé lugar a un nuevo fallo de vista, a partir de la integración de un nuevo Colegiado, puesto que la estimación del recurso de casación solo trae consigo un juicio rescindente, conforme a lo prescrito por el numeral uno, del artículo cuatrocientos treinta y tres, del Código Procesal Penal. En ese sentido, el motivo de casación debe ampararse y así se declara.

15. RECURSO DE CASACIÓN

272

§272. La casación de oficio

Casación	389-2014-SAN MARTÍN
Fecha	07 de octubre de 2015
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodrígues Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Inc. 11 del art. 139 de la CP del P y art. 429 del NCPP.

RESUMEN:

La casación de oficio es una especie de casación excepcional que procede a discreción del Tribunal Supremo, al advertirse una posible concurrencia de alguna de las causales del artículo 429 del Código Procesal Penal -cuando por criterios de fondo y/o forma se declaró inadmisible el recurso de casación inicial presentado por alguna de las partes del proceso-. Por tanto, conforme a la naturaleza y fines de la casación de oficio, la Corte Suprema pese a la inconcurrencia de las partes siempre emitirá un pronunciamiento de fondo en el caso concreto teniéndose como único límite la garantía constitucional de no reformatio in peius.

FUNDAMENTOS:

Quinto: El recurso de casación de oficio está previsto en el inciso 1 del artículo 432 del Código Procesal Penal, el cual señala: "(...) sin perjuicio de las cuestiones que sean declarables de oficio en cualquier estado y grado del proceso." (Resaltado nuestro); sin embargo, no se encuentra regulado en forma taxativa, ni

se da mayor referencia cómo o cuándo debe aplicarse, ni bajo qué fundamentos se puede invocar.

SEXTO: La casación de oficio debe ser entendida como una segunda casación excepcional, toda vez que uno de sus fundamentos radica en el inciso 4, del artículo 427 del Código Procesal Penal; en la experiencia jurisdiccional se ha observado que los recursos de casación excepcionales presentados por alguna de las partes de un proceso penal (Ministerio Público, Imputado, Actor Civil, Tercero civil), se declaran inadmisibles por cuestiones estrictamente formales; es decir, por no cumplir con disposiciones del inciso 3 del artículo 430 del Código Procesal Penal –fundamentar respecto al punto que pretende se desarrolle como doctrina jurisprudencial-.

SÉTIMO: Pero qué pasa, si en efecto, la casación excepcional interpuesta –aunque defectuosa formalmente- deja ver un tema de interés casacional para la Corte Suprema, por cumplir alguno de los fundamentos ya citados en la Queja NCPP N°66-2009-La Libertad u otro debidamente justificado; o cuando interponen recurso de casación ordinaria, mas no invocan o justifican correctamente conforme a la norma procesal penal –por ejemplo el inciso 1 del artículo 430 del Código Procesal Penal- declarándose inadmisible; pero la Corte Suprema puede advertir que sí existe la configuración de alguna de las causales del artículo 429 del citado Código. En ambos supuestos el recurso debe ser admitido para que el caso en concreto sea evaluado.

OCTAVO: Es decir, el recurso de casación de oficio se presenta como una excepción a la formalidad exigida en la norma procesal, yendo más allá, actuando en pro de los fines últimos de la casación – Nomofilaquia, Uniformización de la Jurisprudencia, y Dikelogíco–. En el mismo sentido se pronuncia Moreno Rivera [2] señalando que: "(...) la casación oficiosa opera como excepción, en primer lugar, frente al principio de limitación y, en segundo frente al carácter rogado del recurso (...)" asimismo la Corte Suprema –colombiana tiene una inexorable obligación de "asumir el conocimiento de la casación por vía oficiosa permitiendo la consecución de los fines señalados para el recurso".

NOVENO: Así, la casación de oficio para que sea admitida para desarrollo de doctrina jurisprudencial –inciso 4, del artículo 427 del Código Procesal Penal- o por casación ordinaria –inciso 1, 2, y 3 del artículo 427 del citado Código-, siempre encontrará su fundamento de admisión en la concurrencia de alguna de las causales del artículo 429 del Código Procesal Penal, que denotan alguna afectación grave a garantías, o derechos constitucionales de carácter procesal

o material; por tanto, encuentra sus raíces en el principio general del derecho procesal, iure novit curia -El Juez conoce el derecho-.

DÉCIMO: Una de las características principales del recurso de casación de oficio es su discrecionalidad. Es decir, procede a exclusiva discrecionalidad del Tribunal Supremo –y en cualquier momento del proceso-. Lo que no está regulado taxativamente en la norma procesal penal, pero ha sido interpretado por esta Corte Suprema en otras oportunidades, por ejemplo, la Casación N°148-2010/Moquegua. La discrecionalidad, la casación de oficio debe estar bien fundamentada; la calificación de oficio de determinado caso debe sostenerse en la posibilidad de una grave afectación de derechos o garantías constitucionales que se pueden haber afectado durante el proceso, que terminarían viciando la resolución arribada –se debe amparar en alguna de las causales del artículo 429 del citado código-. La justificación, para ser correcta como ya lo ha señalado el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia no debe ser extensa, pues basta con ser precisa y coherente.

DÉCIMO PRIMERO: Ahora desarrollaremos cómo se procede con este tipo de recurso después de su admisión:

1.- Concedido el recurso de casación, el expediente quedará diez días en la Secretaría de la Sala para que los interesados puedan examinarlo y presentar, si lo estiman conveniente, alegatos ampliatorios.

2.- Vencido el plazo, se señalará día y hora para la audiencia de casación, con citación de las partes apersonadas. La audiencia se instalará con la concurrencia de las partes que asistan. En todo caso, la falta de comparecencia injustificada del Fiscal, en caso el recurso haya sido interpuesto por el Ministerio Público, o del abogado de la parte recurrente, dará lugar a que se declare inadmisible el recurso de casación. (...)"

DÉCIMO SEGUNDO: Lo resaltado precedentemente resulta de interés para establecer las particularidades del recurso de casación de oficio. Como se advierte, pese a una calificación positiva, el recurso de casación puede devenir en inadmisible ante la inconcurrencia de la parte recurrente a la audiencia de casación. Analizado fuera del marco de la casación de oficio dicha normativa guarda sentido, pues se advierte que, si el sujeto recurrente –supuesto agraviado desacata una notificación de asistir a la audiencia de casación sin mayor justificación, constituye una aceptación tácita de la sentencia u resolución inicialmente recurrida.

DÉCIMO TERCERO: La casación de oficio se promueve por interés del Tribunal Supremo, que busca más allá del caso en concreto, y las limitaciones formales del recurso, un pronunciamiento jurídico –de estricto derecho- con dos fines principales: 1) Enriquecer la jurisprudencia y 2) Evitar que las malas interpretaciones, ambigüedades o vacíos legislativos, puedan generar la vulneración de derechos o garantías constitucionales.

DÉCIMO CUARTO: La regulación que brinda el Código Procesal Penal referente a la desestimación del recurso de casación por inconcurrencia de la parte interesada en el proceso, no concuerda y colisiona con los fines de la casación de oficio.

DÉCIMO QUINTO: La audiencia de casación de oficio se llevará a cabo con o sin la presencia de las partes, a quienes se cita a fin que realicen las argumentaciones que consideren, siempre garantizando ampliamente el ejercicio del derecho de defensa, pero a las cuales no puede obligárseles concurrir a una audiencia que, si bien fue promovida por alguno de ellos, fue declarada inadmisible la calificación de su recurso. Es del mismo criterio la Corte Suprema Colombiana la cual, en su sentencia del 31 de agosto de 2005 con ponencia del magistrado Jorge Luis Quintero Milanés donde señalo: "(...)el derecho a la prerrogativa que tienen los sujetos procesales de desistir el recurso extraordinario de casación no puede impedir a la Corte, como órgano límite de la jurisdicción ordinaria y guardiana de la Constitución Política, enmendar la irregularidades atentatorias contra los derechos fundamentales, so pretexto de la finalización o culminación de su competencia por razón del desistimiento, máxime cuando el debido proceso como máxima expresión del principio de legalidad se erige en garantía fundamental. Lo contrario implicaría una actitud permisiva e inadmisible frente a una decisión injusta, sin sustento legal y, por lo mismo constitutiva una vía de hecho (...)". Es de notar que, en la regulación de la casación oficiosa en Colombia, no se celebra una audiencia de casación, por considerarlo innecesario.

DÉCIMO SEXTO: Por tanto, la Corte Suprema emitirá un pronunciamiento de fondo haciendo un juicio de estricto derecho en el caso concreto, que sirvan para enriquecer o cubrir espacios hasta el momento ambiguos o que no han sido tratados, en relación al caso. Mediante la casación de oficio el Tribunal Supremo puede pronunciarse en el fondo del caso concreto pese a la inconcurrencia de las partes, encontrando como límite de su pronunciamiento la garantía constitucional de la prohibición de la reforma en perjuicio. Por tanto, si se trata del imputado solo se puede arribar a una absolución o a una nulidad de la sentencia recurrida, nunca a una sentencia condenatoria, y si es el actor civil a fijar, mantener o mejorar la reparación civil establecida.

273

§273. Criterios para la admisión de una casación por desarrollo de la doctrina jurisprudencial

Casación	08-2014/CALLAO
Fecha	15 de julio del 2015
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia.
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Barrios Alvarado, Hinostroza Pariachi, Príncipe Trujillo, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Artículo 427, 4 del Código Procesal Penal.

RESUMEN:

La procedencia del recurso de casación, circunscrito a la causal prevista en el artículo cuatrocientos veintisiete, inciso cuatro del Código Procesal Penal, por desarrollo de la doctrina jurisprudencial solo debe ampararse en casos, en los cuales subsistan interpretaciones divergentes en la aplicación de una determinada norma de derecho material o procesal, lo cual requiere un precedente jurisprudencial por el alto Tribunal de Justicia para encausar el norte interpretativo, es decir, la necesidad de imponer una jurisprudencia unificando las resoluciones jurisdiccionales, respondiendo a una búsqueda incesante de seguridad jurídica.

FUNDAMENTOS:

SÉPTIMO: Que conforme se ha establecido, por Resolución Suprema de fecha diecinueve de septiembre de dos mil catorce, de fojas ochenta y uno, del presente cuadernillo, los motivos de casación admitidos se circunscriben a: merituar qué hechos constituyen indicios para demostrar la responsabilidad del procesado en el delito de concusión y si el video o audio que se obtuvo sin

el consentimiento del encausado, constituye prueba prohibida, y si estos al ser valorados conjuntamente son capaces de desvirtuar la presunción de inocencia.

OCTAVO: Que, sobre el particular es menester reiterar los fundamentos del recurso de casación formalizado a fojas ciento veinticinco del denominado Cuaderno de Impugnación de Sentencia, en donde alega la concurrencia de la causal uno, del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, pues a su entender no se valoró debidamente la declaración de Pierina Rosario Ortíz La Torre, tampoco se tuvo en cuenta el informe pericial de físico-audio número tres mil quinientos sesenta y uno/once; igualmente sin sustento alguno se rechazó su prueba de descargo consistente en la declaración del perito que elaboró el citado informe; añade, que el acta de visualización de video fue materializada sin las garantías de Ley; finalmente concluyó sosteniendo, que no se ha probado que las llamadas telefónicas a la agraviada fueron hechas por el casacionista.

En cuanto a la causal comprendida en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, no se ha tenido en cuenta que el casacionista no tenía ninguna injerencia en la investigación generada por la intervención policial contra Nefi Manuel Peña Boyer; además, que el Ministerio Público no ha determinado con precisión la conducta en la que se encontraría incurso el recurrente, vulnerándose el principio de imputación necesaria.

Finalmente, el casacionista también alegó la concurrencia de la casación excepcional comprendida en el inciso cuarto, del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, sosteniendo que era necesario merituar si es válido sentenciar amparándose solo en sindicaciones, sin prueba periférica que demuestre la veracidad de la incriminación, siendo indispensable la existencia de indicios suficientes para considerar como elemento para demostrar la responsabilidad penal de una persona; además, que un video y audio grabado sin la autorización correspondiente, constituye prueba prohibida.

NOVENO: Que, conforme es de apreciarse de los fundamentos jurídicos sexto y séptimo de la resolución que declaró bien concedido la casación, fue tajante en sostener que la casación ordinaria no superaba el requisito exigido por el literal b), inciso dos, del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Pena, esto es, si se trata de sentencias, cuando el delito más grave a que se refiere la acusación escrita del Fiscal tenga señalado en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años, teniendo en cuenta por cierto, que el delito de concusión objeto de acusación, es sancionado con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años.

No obstante ello, sí se le concedió la casación extraordinaria, es decir, para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, sobre todo, en cuanto a merituarse qué hechos constituyen indicios para demostrar la responsabilidad del procesado en el delito de concusión y si el video o audio que se obtuvo sin el consentimiento del encausado, constituye prueba prohibida, y si estos al ser valorados conjuntamente son capaces de desvirtuar la presunción de inocencia.- No está por demás señalar, que en la mencionada Resolución Suprema, se concluyó, desde ya erróneamente, que esto era necesario para determinar si la valoración hecha por el Tribunal de Instancia a los medios probatorios que sirvieron para absolver, fueron capaces de demostrar en segunda instancia la responsabilidad penal del ahora casacionista.

DÉCIMO: Que, si bien es cierto inicialmente se declaró bien concedido el presente recurso de casación por la causal prevista en el numeral cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, esto fue en el entendido que reunía los requisitos exigidos por el inciso tercero del artículo cuatrocientos treinta del Código Procesal Penal, en rigor, por que cumplió estrictamente en consignar adicional y puntualmente las razones que justificaban el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que pretendía.

Además, al declararse bien concedido el recurso de casación por el simple hecho de cumplir con la formalidad exigida por la Ley Procesal Penal, vulneró un criterio asumido por este Supremo Tribunal, dirigido a amparar solo aquellos recursos que son viables y que en todo caso, llegarían a buen término para lograr la afirmación de la existencia de una línea jurisprudencial o de jurisprudencia vinculante de la máxima instancia judicial frente a decisiones contrapuestas expedidas por tribunales inferiores o la definición de un sentido interpretativo de una norma reciente o escasamente invocada, pero de especiales connotaciones jurídicas, lo que no se observaría en el caso de autos y que hace necesario, que con la inmediatez que el caso amerita, se subsane esta grave omisión, declarándose infundada la presente casación extraordinaria.

DÉCIMO PRIMERO: Que, se sostiene lo acordado, en tanto que, la aplicación de los criterios de valoración de la prueba indiciaria, ante la inexistencia de prueba directa, no está sujeta a la naturaleza del delito atribuido o que es objeto de acusación como lo sostiene el casacionista, pretendiendo criterios de valoración de la prueba indiciaria en los delitos de concusión. La prueba indiciaria descansa en una metodología de valoración a partir de hechos probados no constitutivos del delito de acusación –como lo pretende el casacionista-, pero a partir de los que, a través de la lógica y de las reglas de la experiencia, pueden inferirse hechos delictivos y la participación del acusado.

La prueba prohibida y la prueba indiciaria han sido abundantemente desarrolladas por la doctrina procesal nacional y extranjera. Aunado a ello, en el caso de la prueba prohibida mediante el Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil diez/ CJ-ciento dieciséis, se desarrolló el tema de la audiencia de tutela como mecanismos para proteger los derechos fundamentales del imputado, así como criterios para la exclusión de la prueba prohibida. Por otro lado, en el caso de la prueba indiciaria, la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante Acuerdo Plenario número uno-dos mil seis/ ESV-veintidós- Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias, de fecha trece de octubre de dos mil seis, acordó constituir en precedente vinculante la Ejecutoria Suprema número mil novecientos doce-dos mil cinco-Piura, de fecha seis de septiembre de dos mil cinco, que precisamente, versó sobre los requisitos legitimadores de la prueba indiciaria para enervar el principio de presunción de inocencia.

En consecuencia, no es necesario el desarrollo de doctrina jurisprudencial sobre este aspecto.

DÉCIMO SEGUNDO: Que, es de incidir, que si bien se concedió erróneamente el presente recurso de casación, circunscrito a la causal prevista en el artículo cuatrocientos veintisiete, inciso cuatro del Código Procesal Penal, esto es, el desarrollo de la doctrina jurisprudencial; sin embargo, este solo debe tratarse de casos, en los cuales subsistan interpretaciones divergentes en la aplicación de una determinada norma de derecho material o procesal, lo cual requiere un precedente jurisprudencial por el alto Tribunal de Justicia para encausar el norte interpretativo, es decir, la necesidad de imponer una jurisprudencia unificando las resoluciones jurisdiccionales, respondiendo a una búsqueda incesante de seguridad jurídica, lo que no sucede en el caso de autos.

DÉCIMO TERCERO: Que cabe abundar, que también se ha incurrido en error, subsanable por cierto, cuando se mencionó como motivo para el examen casatorio, determinar si la segunda instancia realizó una valoración distinta de los mismos medios probatorios que fueron objeto de examen por la primera instancia y que pese a ello, concluyeron en pronunciamientos distintos.

En la audiencia de juicio de apelación, la parte apelante, esto es el representante del Ministerio Público, ofreció como pruebas las declaraciones de Pierina Rosario Ortíz La Torre y Karla Mariel Burga Cisneros Pisetsky, quienes concurrieron a la audiencia de apelación, conforme consta del audio correspondiente, así como de los fundamentos de la propia sentencia de apelación, de fojas noventa y tres, del denominado Cuaderno de Impugnación de Sentencia.

Por todas estas razones la sentencia de casación deviene en infundada.

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

274

§274. La Reparación Civil en el Recurso de Casación

Casación	657-2014-CUSCO
Fecha	03 de mayo de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodrígues Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Loli Bonilla.
Disposiciones estudiadas	Art. 92, 93,101° del CP y art. 427 del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	10° al 21°

RESUMEN:

Mediante el recurso de casación no se podrá cuestionar la reparación civil en el extremo del bien ya restituido -salvo se trate de dinero en efectivo-, dejando a salvo la posibilidad que dicho cuestionamiento se lleve a cabo en la vía correspondiente.

FUNDAMENTOS:

SOBRE LA REPARACIÓN CIVIL EN EL PROCESO PENAL

DÉCIMO: El derecho a la debida motivación de las resoluciones en el derecho penal ampara los autos y las sentencias. En ese sentido, previo a la emisión de una sentencia penal, el desarrollo de las audiencias se concentra en el análisis de la pretensión penal y civil de la causa que se debate, toda vez que el objeto de este proceso es doble: penal y civil –véase Acuerdo Plenario N° 06-2006/CJ-116, fundamento jurídico sexto–; más aún si "nuestro sistema procesal penal se ha adherido a la opción de posibilitar la acumulación de la pretensión resarcitoria, de naturaleza civil, en el proceso penal (...) [por lo que, esta] acumulación de la

acción civil al proceso penal, responde sencillamente a un supuesto de acumulación heterogénea de pretensiones, con fines procesales estrictos. Esta tendencia encuentra un beneficio en el hecho de que, con el menor desgaste posible de jurisdicción, se pueda reprimir el daño público causado por el delito y reparar el daño privado ocasionado por el mismo hecho" –véase Acuerdo Plenario N° 05-2011/CJ-116, fundamento jurídico décimo–; por tanto, una sentencia penal deberá pronunciarse sobre la responsabilidad penal y civil del procesado, pues solo así se estaría cumpliendo y respetando el derecho a la debida motivación de las resoluciones penales.

DÉCIMO PRIMERO: De esta manera, al emitirse una sentencia penal el Juzgador está obligado a pronunciarse sobre la responsabilidad penal del agente y su respectiva responsabilidad civil, las cuales fundamentan la imposición de una pena y la fijación de una reparación civil, respectivamente. No obstante, resulta necesario precisar que la responsabilidad penal y civil posee una naturaleza jurídica diferente, pese a tener un presupuesto común que ocasiona la vulneración de un bien jurídico, el mismo que normativamente infringe una norma penal y fácticamente ocasiona un daño a la víctima y/o perjudicado. De esta manera, resulta prudente señalar que no toda responsabilidad penal genera una responsabilidad civil y viceversa, por lo que, es necesario que en el caso concreto se analice las responsabilidades –penales y civiles– que concurren en el acto ilícito del agente justiciable. Al respecto, corresponde precisar que la responsabilidad civil es "como una técnica de tutela (civil) de los derechos (u otras situaciones jurídicas) que tiene por finalidad imponer al responsable (no necesariamente el autor) la obligación de reparar los daños que éste ha ocasionado" –Espinoza Espinoza, Juan. Derecho de la responsabilidad civil. Lima: Editorial Rodhas, 2006, p. 42-.

DÉCIMO SEGUNDO: En ese sentido, la consecuencia jurídica de la responsabilidad civil en nuestra normativa penal se denomina "reparación civil", que está instaurada en el artículo 92° del Código Penal al establecer que "La reparación civil se determina conjuntamente con la pena". La reparación civil, entonces, se constituye como una de las consecuencias jurídicas del delito, que se impone –conjuntamente con la pena– a la persona responsable de la comisión de un delito, con la finalidad de resarcir el daño ocasionado a la víctima, en razón de restituirle al status anterior al desarrollo del suceso delictivo, conforme lo establece el artículo 93° del Código Penal. En ese sentido, este Supremo Tribunal entiende a la "restitución" como aquella "forma de restauración de la situación jurídica alterada por el delito o devolución del bien, dependiendo del caso, al legítimo poseedor o propietario" –GUILLERMO BRINGAS, Luis Gustavo. La reparación civil en el proceso penal. Lima: Pacífico Editores, 2011, p. 94–, siempre que se hayan vulnerado derechos patrimoniales; asimismo, se entiende

por "indemnización de daños y perjuicios" a la forma de reestabilización de los derechos menoscabados por el delito, siempre que "se ha vulnerado derechos no patrimoniales del perjudicado o, incluso, habiéndose realizado la sustracción del bien" –GUILLERMO BRINGAS, Luis Gustavo. La reparación civil en el proceso penal. Lima: Pacífico Editores, 2011, p. 100-.

DÉCIMO TERCERO: Asimismo, el artículo 101° del Código Penal establece que "La reparación civil se rige, además, por las disposiciones pertinentes del Código Civil"; por lo que, se deberá analizar los artículos correspondientes a la responsabilidad civil, en el marco de la normativa civil, toda vez que "existen notas propias, finalidades y criterios de imputación distintos entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, aún cuando comparten un mismo presupuesto: el acto ilícito causado por un hecho antijurídico, a partir del cual surgen las diferencias respecto de su regulación jurídica y contenido entre el ilícito penal y el ilícito civil" –véase Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116, fundamento jurídico 7–.

DÉCIMO CUARTO: En ese sentido, como presupuesto para la fijación de la reparación civil, corresponde analizar la existencia o no de responsabilidad civil para lo cual deberá recurrir al desarrollo de los elementos de esta institución, que son los siguientes:

a) El hecho ilícito se define como aquella conducta humana que contraviene el orden jurídico y constituye, a su vez, delito. Esta manera de obrar permite reconocer dos mecanismos para vulnerar la norma jurídica: 1) violación de deberes que tienen su origen en relaciones jurídicas ya existentes entre el autor y la persona afectada, y 2) violaciones de deberes de carácter general;

b) El daño ocasionado entendido como aquel perjuicio generado a consecuencia del hecho ilícito, sea patrimonial o extrapatrimonial. El Código Civil en sus artículos 1984° y 1985°, desarrolla los criterios que permiten establecer la existencia de daño; por lo que, para la cuantificación de los daños patrimoniales se establece criterios como el "lucro cesante" [aquello que ha sido o será dejado de ganar a causa del acto dañino] –MANZANARES CAMPOS, Mercedes. Criterios para valuar el quantum indemnizatorio en la responsabilidad civil extracontractual. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2008, p. 43– y "daño emergente" [entendido como el perjuicio efectivo sufrido en el patrimonio de la víctima, que ha perdido un bien o un derecho que ya estaban incorporados a ese patrimonio] –MANZANARES CAMPOS, Mercedes. Criterios para valuar el quantum indemnizatorio en la responsabilidad civil extracontractual. Lima: Editora Jurídica

Grijley, 2008, p. 40–, mientras que para la cuantificación de los daños extrapatrimoniales el criterio es el "daño moral" [aquel perjuicio moral que afecta el mundo inmaterial, incorporal, de los pensamientos y de los sentimientos] –MANZANARES CAMPOS, Mercedes. Criterios para valuar el quantum indemnizatorio en la responsabilidad civil extracontractual. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2008, p. 75–, el "daño a la persona" [aquel que lesiona la integridad física del sujeto, su aspecto psicológico y/o proyecto de vida] –MANZANARES CAMPOS, Mercedes. Criterios para valuar el quantum indemnizatorio en la responsabilidad civil extracontractual. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2008, p. 50–. Cabe mencionar que el "proyecto de vida" es aquel "daño de tal magnitud que afecta, por tanto, la manera en que el sujeto ha decidido vivir, que trunca el destino de la persona, que le hace perder el sentido mismo de su existencia" –Manzanares Campos, Mercedes. Criterios para valuar el quantum indemnizatorio en la responsabilidad civil extracontractual. Análisis a partir de la jurisprudencia. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2008, p. 64–. En consecuencia, se entiende que el daño es "todo menoscabo contra los intereses de los individuos en su vida de relación social, que el Derecho ha considerado merecedores de la tutela legal" –TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Elementos de la Responsabilidad Civil. 3ra. Edición. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2013, p. 39–;

c) La relación de causalidad es entendida como la relación de causa-efecto (antecedente – consecuencia) que debe existir entre la conducta antijurídica del agente y el daño causado –TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Elementos de la Responsabilidad Civil. 3ra. Edición. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2013, p. 39–; y,

d) Los factores de atribución, que consisten en considerar a alguien como responsable del hecho antijurídico, ya sea a título de dolo o culpa o mediante un bien riesgoso o peligroso, advirtiéndose que en este extremo se refiere a institutos de naturaleza civil.

LA REPARACIÓN CIVIL Y EL RECURSO DE CASACIÓN

DÉCIMO QUINTO: En ese sentido al ser la reparación civil una institución regulada por el proceso penal, cuyo sistema de atribución de responsabilidad es netamente de carácter civil, ésta encuentra protección y regulación en todos los

niveles de un proceso judicial, inclusive en la impugnación extraordinaria: recurso de casación. Así, se tiene que el inciso tercero del artículo 427° del Código Procesal Penal señala: "(...) Si la impugnación se refiere a la responsabilidad civil, cuando el monto fijado en la sentencia de primera o de segunda instancia sea superior a cincuenta Unidades de Referencia Procesal o cuando el objeto de la restitución no pueda ser valorado económicamente. (...)".

DÉCIMO SEXTO: De la lectura del citado artículo se desprende que el cuestionamiento de la reparación civil vía casación penal, también encuentra limitaciones de orden cualitativas y cuantitativas. Por ello, se precisa que la reparación civil podrá ser cuestionada en el extremo monetario que se imponga, o de la afectación de un bien de imposible devolución, por ejemplo: la vida; dejando de lado la parte referida al bien que se ordene restituir. Asimismo, el monto que imponga el Juez Penal, ya sea por valor equivalente del bien o por concepto de daños y perjuicios, debe superar las 50 U.R.P.

DÉCIMO SÉTIMO: En ese sentido, la reparación civil comprende: 1.- el bien o su valor económico, y 2.- el pago de daños y perjuicios. Centrándonos en lo primero, al demostrarse el daño de un bien éste deberá ser restituido por su responsable en las mismas condiciones previas a su afectación, o en todo caso deberá pagar el valor monetario del mismo; en concreto, la devolución del bien o su pago. No obstante, corresponde precisar que si el bien es restituido fácticamente o a través de su valor económico, también existe la posibilidad del pago de un monto dinerario por concepto de daños y perjuicios.

DÉCIMO OCTAVO: La reparación civil, como se precisó, por una cuestión de economía procesal-judicial busca resolver dentro del proceso penal, y si así lo decide la parte pertinente, el cuestionamiento de carácter civil, es decir, verificar la existencia de un daño y determinar su responsable. Ello se hace con el único fi n de celeridad, más cabe la posibilidad que se opte por una resolución en la Orden Jurisdiccional Civil, siendo ésta excluyente de la vía penal y viceversa. Así, se puede afirmar que en un proceso penal se puede impugnar dos aspectos: 1.- la existencia de responsabilidad civil, o 2.- el monto dinerario que se impone por concepto responsabilidad civil.

DÉCIMO NOVENO: Al impugnarse el carácter civil de una sentencia penal condenatoria, lo usual es cuestionar -recurrir- el monto que se impone como concepto de reparación civil por considerarlo ínfimo o exorbitante. No se busca cuestionar la calidad del bien que se ordena restituir –pues éste existe previo e independientemente del proceso penal-. En ese sentido, conforme a los fundamentos jurídicos precedentes, al recurrir vía casación penal la reparación

civil, podemos afirmar que el legislador peruano ha sido claro en precisar que resulta viable analizar la impugnación extraordinaria interpuesta siempre que verifique previamente que se trata de un monto superior a la 50 U.R.P. o un bien no valorable económicamente, por tanto no regula el cuestionamiento de un bien ya restituido.

VIGÉSIMO: En ese sentido, si la responsabilidad civil está demostrada, prima facie se ordenará, de ser posible la devolución del bien, sino su valor monetario. Si el bien es restituido no se podrá discutir la calidad de este bien en un proceso penal, y solo podrá cuestionarse el monto que se imponga por daños y perjuicios, dejando a salvo la posibilidad de que la parte civil cuestione, en lo pertinente, la calidad del bien en un proceso judicial diferente –jurisdicción civil–, buscando así satisfacer sus intereses legales.

VIGÉSIMO PRIMERO: Analizar la calidad y características del bien que se ordena restituir como parte de la reparación civil dentro de un proceso penal implica un mayor bagaje probatorio, que no es competencia del Juez Penal; es decir, emitir un pronunciamiento jurisdiccional referido al bien –en sí mismo discutido– resultaría ir más allá de un proceso de determinación de responsabilidad civil, pues ello sería entrar en un proceso distinto al de la determinación de su responsabilidad. Resultando ello imposible, dado que la importación de la institución de la responsabilidad civil al proceso penal surge por estricta necesidad y en base a un principio de celeridad con la finalidad de evitar la peregrinación de jurisdicciones; característica que no se cumplen para la importación de alguna otra institución –por ejemplo, derechos reales–.

275

§275. El principio de congruencia y el interés casacional

Casación	215-2011-AREQUIPA
Fecha	12 de junio de 2012
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Pariona Pastrana.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Salas Arenas, Morales Parraguez.
Disposiciones estudiadas	Arts. 409, inciso 1, y 429° del NCPP.

RESUMEN:

Al interponerse un recurso impugnatorio éste debe ser atendido en función a los agravios invocados por quien lo interponga.

FUNDAMENTOS:

CUARTO: Que, respecto al inciso uno del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal -inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal- concretamente la afectación de la garantía del principio acusatorio e inobservancia del principio *ne bis in idem*, debe precisarse lo siguiente: **I) En cuanto al principio acusatorio: 4.1.** Este principio forma parte de las garantías básicas del proceso penal e implica la existencia de una contienda procesal entre dos partes contrapuestas, constituye además una garantía fundamental de la imparcialidad del órgano jurisdiccional, propia de un Estado democrático de Derecho, siendo una de sus características esenciales la distribución de las funciones de acusación y decisión, por el cual se presupone que la acusación sea previamente formulada y conocida, así como el derecho del imputado a ejercer su defensa y consiguientemente, la posibilidad de contestar o rechazar la acusación. Es por ello que, la figura del fiscal se relaciona necesariamente con el sistema acusatorio, según el cual no puede haber juicio sin acusación'. **4.2.**

Que, la norma constitucional establece la garantía constitucional de la autonomía del Ministerio Público, teniendo como finalidad asegurar y proteger la libertad de actuación de este órgano, a efectos que pueda cumplir eficazmente con las funciones encomendadas y previstas en su Ley Orgánica; teniendo como principal misión promover el ejercicio de la función jurisdiccional con arreglo al principio de legalidad, en defensa de los intereses públicos tutelados por el derecho; y la potestad discrecional para determinar si se dispone de pruebas suficientes para formalizar denuncia penal o disponer la realización de una Investigación a efectos de reunir tales pruebas; conforme así lo establece el artículo ciento cincuenta y nueve de la Constitución Política del Estado. **4.3.** Así, como bien lo sostiene el Tribunal Constitucional las atribuciones del Ministerio Público no podrán ser ejercidas por ningún otro órgano, toda vez que no existe norma constitucional que habilite un supuesto de excepción. *"La vigencia del principio acusatorio imprime al sistema de enjuiciamiento determinadas características: a) que no puede existir juicio sin acusación, debiendo ser formulada ésta por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador, de manera que si ni el fiscal ni ninguna de las otras partes posibles formulan acusación contra el imputado, el proceso debe ser sobreseído necesariamente; b) que no puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada; c) que no pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad".* **4.4.** Bajo este contexto, en el caso de autos se aprecia que la Sala Superior al sostener en la recurrida *"... El Juzgado de Investigación Preparatoria, se ha constreñido a fijar el debate de la excepción sólo en el tipo penal atribuido (abuso de autoridad), sin verificar gire los hechos imputados constituyen otro delito..." "No se ha advertido del debate, como si lo ha hecho el Tribunal, que los hechos propuestos y debatidos pueden encontrar amparo en los tipos penales de los artículos 370 o 372 del Código Penal, en consecuencia, aún mantienen contenido penal..." "...Sin embargo, debe tenerse presente que la fundabilidad de la excepción debe sostenerse en que los hechos NO CONSTITUYAN DELITO, no solo en materia de imputación, sino, que los hechos no se subsuman en ningún otro tipo penal..." "...En lo que nos ocupa, el Juzgado solo se ha limitado a establecer el análisis de la excepción sólo en el tipo penal atribuido (abuso de autoridad) sin establecer si los hechos imputados constituyen otro delito..."*; está excediendo sus facultades pues al alegar que los hechos propuestos y debatidos pueden encontrar amparo en los tipos penales de los artículos 370 ó 372 del Código Penal, está calificando los hechos a otros tipos penales y esa facultad acusadora es exclusiva del Ministerio Público por mandato constitucional desarrollado en su Ley Orgánica — Decreto Legislativo número cincuenta y dos -, observándose vulneración constitucional al principio acusatorio, pues si la Sala Superior en todo caso está facultada para desvincularse de la acusación fiscal, ello debe ser dentro de los parámetros que

enmarca la ley y mediante resolución debidamente sustentada; verificándose que efectivamente existió vulneración del principio acusatorio al haber emitido pronunciamiento la Sala Superior sobre la calificación de los hechos investigados que no fue invocado por ninguno de los apelantes. **4.5.** Asimismo, el Acuerdo Plenario número cuatro guión dos mil siete oblicua CJ guión ciento dieciséis de la Corte Suprema de la República, de fecha dieciséis de noviembre de dos mil siete, en su noveno fundamento señala lo siguiente: *"... 9. Como se sabe, el objeto del proceso penal -o, con más precisión, el hecho punible - es fijado o delimitado por la Fiscalía, a partir del cual se consolidan y desarrollan los principios acusatorio -eje de esa institución procesal y que, en puridad, conforma al juez- y de contradicción -referido a la actuación de las partes-. Ello no quiere decir, desde luego, que las demás partes no incidan en la determinación o ámbito de la sentencia del Tribunal -o que ésta sólo debe pronunciarse acerca de los aspectos fijados por la acusación-. El principio de exhaustividad a su vez impone la obligación al juez de pronunciarse sobre los alcances más relevantes de los hechos, de las pruebas y de las pretensiones de las demás partes procesales o de la resistencia hecha valer por el acusado -que es lo que se denomina, propiamente, el objeto del debate-Entonces, el hecho punible se delimita en el juicio oral por el Fiscal o acusador; mientras que el acusado y las demás partes - civiles, en este caso- si bien no pueden alterar el objeto del proceso, sl pueden ampliare! objeto del debate. Por ello, en segundo lugar, se ha de tomar en cuenta las peticiones de las partes debidamente formuladas, de modo tal que el Tribunal ha de concretar su cognición a los términos del debate...".*

QUINTO: II) En cuanto al *"ne bis In idem"*: 5.1. Se le define como el derecho de no ser sancionado dos veces por un mismo hecho o el de no ser procesado dos veces y constituye un contenido implícito del derecho del debido proceso, cuya finalidad es evitar una desproporcionada reacción punitiva del Estado en contra de una persona, pues si los operadores de justicia están en la obligación de sancionar todos los actos antijurídicos, típicos y culpables, ello no debe realizarse de una manera excesiva, por cuanto constituirla un abuso del derecho y del poder. **5.2.** La cosa juzgada en la normatividad peruana constituye un instituto procesal reconocido en el inciso trece del articulo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, que establece la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada; por tanto, resulta ser una garantía constitucional de la administración de Justicia, según la cual el objeto de un proceso que ha concluido con una resolución firme no puede ser nuevamente juzgado en el mismo proceso o mediante uno nuevo. Sin embargo, en doctrina se reconoce al principio del *ne bis in idem*, el mismo que posee mayor amplitud que el de la cosa juzgada, pues no sólo comporta la prohibición de una persecución subsiguiente — esto es cuando la imputación ya ha sido materia de un pronunciamiento final por

parte del órgano jurisdiccional -; sino que también se encuentra referido a j la prohibición de una persecución paralela, es decir que la persona sea perseguida al mismo tiempo en dos procesos diferentes. **5.3.** Este principio constitucional exhibe una doble dimensión o contenido. Un contenido formal, que alude al hecho de que las resoluciones que han puesto fin al proceso judicial no puedan ser nuevamente cuestionadas, en la medida en que ya se han agotado todos los recursos impugnatorios que la ley prevé, o que, en su defecto, han transcurrido los plazos exigidos para hacerlo. De otro lado, el contenido material del *ne bis in idem* implica la interdicción de la sanción múltiple por lo mismo, y a juicio de la doctrina mayoritaria rige cuando concurre la llamada triple identidad: de sujeto, hecho y fundamento. Así lo expresa el Tribunal Constitucional: *"En su formulación material, el enunciado según el cual, «nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho», expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituirla un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento".* **5.4.** Que, siendo necesario para su aplicación se de una triple identidad: sujeto, hecho y fundamento, ya que de no existir esta triple identidad, no procedería esta garantía; se aprecia en el caso de autos, que la misma no se presenta, por cuanto el recurrente no ha demostrado que se le haya procesado por estos mismos hechos, ni tampoco constituye *ne bis in dem* el hecho de que la Sala Superior considere que los hechos materia de investigación puedan encontrar amparo en los tipos penales de los articulo trescientos setenta o trescientos setenta y dos del Código Penal, ya que de ser así el proceso se enmarcaría dentro de otros tipos penales; por lo que sobre este extremo, el recurso de casación interpuesto no puede ser amparado.

SEXTO: Que, con respecto a la **doctrina jurisprudencial** solicitada, debe indicarse, que se encuentra amparada el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal. **6.1.** El principio de congruencia o conocido también como de correlación, importa un deber exclusivo del juez, por el cual debe expresar los fundamentos de una respuesta coherente en su resolución que dicta, basado en las pretensiones y defensas traducidas en agravios formulados por los justiciables en su recurso impugnativo, y que de esa manera se pueda justificar la decisión arribada en razones diversas a las alegadas por las partes. Este principio tiene una cierta vinculación con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, al principio acusatorio y al contradictorio. **6.2.** El Tribunal Constitucional afirma que el principio de congruencia forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho de motivaciones de las decisiones judiciales', y este principio

garantiza que el juzgador debe resolver cada caso concreto sin omitir, alterar o exceder las pretensiones formuladas por las partes. **6.3.** Que, el agravio o gravamen es el perjuicio real e irreparable que presenta una parte afectada por una decisión jurisdiccional, y por lo tanto, limitan y racionalizan la potestad represiva del Estado en el proceso. Esta viene a ser el núcleo central de un recurso impugnativo. **6.4.** Cuando se produce discordancia entre el pronunciamiento judicial con el contenido de los agravios efectuados por las partes en forma oportuna, se produce el vacío de incongruencia. Esto puede ocurrir por exceso (ultra petita), por defecto (citra o infra patita) o por exceso o defecto (extra patita). En la primera, se conceda más de lo pedido, en la segunda, omitiendo injustificadamente pronunciarse sobre alguna de las cuestiones decisivas del debido, y el tercero, cuando se sale del tema litigioso para de esa manera, otorgar o denegar lo que nadie le ha pedido, y al propio tiempo no responder a lo que se le ha pedido. **6.5.** Que, en el caso de autos la Sala de Mérito incurrió en un pronunciamiento extra patita, por cuanto fue mas allá de lo deducido por la parte recurrente, vulnerando de esa manera el principio de congruencia recursal a que estaba obligado a cumplir. **6.6.** Que, siendo así, en el caso de autos el tema planteado por el recurrente reviste interés casacional a criterio de este Supremo Tribunal, toda vez que al interponerse un recurso impugnatorio éste debe ser atendido en función a los agravios invocados por quien lo interponga, precisándose que en el caso de autos la Sala Superior excedió su función revisora al entrever en los fundamentos de la recurrida que los hechos investigados podrían configurarse dentro de los alcances de lo contenido en los artículos trescientos setenta o trescientos setenta y dos del Código Penal; siendo ello el fundamento principal para revocar la resolución que declaró fundada la excepción de improcedencia de acción, no habiéndose enmarcado la resolución materia de casación en los hechos que constituyen la presente investigación y la calificación jurídica invocada por el Ministerio Público, circunstancia que afecta el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, más si se tiene en cuenta que ninguno de los apelantes -parte agraviada ni Ministerio Público fundamentaron como agravio una posible nueva calificación del hecho denunciado los artículos trescientos setenta o trescientos setenta y dos del Código Penal. **6.7.** Que, a mayor abundamiento, es de precisar que el numeral uno del artículo cuatrocientos nueve del Código procesal Penal señala que la impugnación confiere del Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante.

276

§276. Inadmisibilidad del Recurso de casación

Casación	11-2018-LIMA
Fecha	7 de septiembre de 2018
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Barrios Alvarado.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Sequeiros Vargas, Chavéz Mella.
Disposiciones estudiadas	Arts. 427 a 429 del NCPP.

RESUMEN:

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

FUNDAMENTOS:

PRIMERO. Que conforme con el estado de la causa y en aplicación de lo dispuesto en el inciso seis del artículo cuatrocientos treinta, del Código Procesal Penal, corresponde decidir si el recurso de casación está bien concedido y si, en consecuencia, procede conocer el fondo del mismo.

SEGUNDO. Cabe recordar que la casación, como todo medio de impugnación, está sometida al cumplimiento de presupuestos procesales objetivos, subjetivos y formales, cuya insatisfacción determina su rechazo liminar; no obstante, el presente recurso fue interpuesto en el modo, lugar y tiempo legalmente previsto, por lo que es pertinente analizar su coherencia o correspondencia interna para efectos de su admisibilidad.

TERCERO. El apartado c del inciso uno del artículo cuatrocientos cinco del Código Procesal Penal señala que para la admisión del recurso se requiere que se precisen las partes o los puntos de la decisión a los que se refiere la impugnación, y que se expresen los fundamentos, con indicación específica de los fundamentos de hecho y derecho que lo apoyen; asimismo, señala que el recurso deberá concluir formulando una pretensión concreta.

CUARTO. Del mismo modo, el inciso uno del artículo cuatrocientos treinta del acotado código establece que para la interposición y admisión del recurso de casación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo cuatrocientos cinco, debe indicar separadamente cada causal invocada; y, asimismo, citará concretamente los preceptos legales que considere erróneamente aplicados o inobservados, precisará el fundamento o los fundamentos doctrinales y legales que sustenten su pretensión, y expresará específicamente cuál es la aplicación que pretende.

QUINTO. Así tenemos que el presente recurso cumple con lo establecido en el artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal, respecto de la exigencia del quantum punitivo mínimo, pues la pena para el delito de enriquecimiento ilícito en su modalidad agravada, prevista en el primer y segundo párrafo del artículo cuatrocientos uno del Código Penal, supera los seis años en su extremo mínimo, al igual que la pena para el delito de lavado de activos, prevista en los Decretos Legislativos número novecientos ochenta y seis y número mil ciento seis.

Por otro lado, respecto al recurso de casación presentado por la defensa técnica de las empresas Publicidad y Servicios Generales Boga S. A. y Los Emprendedores de San Juan S. A. C., se tiene que cumple con lo dispuesto en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, pues la resolución contra la que se interpone el recurso en cuestión dispone la ejecución provisional del decomiso dictado en una sentencia condenatoria y el valor de dicho decomiso supera las cincuenta unidades de referencia procesal.

SEXTO. La defensa de las empresas sustenta su recurso, obrante a fojas cuarenta y nueve, en las causales previstas en los incisos tres y cinco del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, referidas a la errónea interpretación de la Ley Penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación, y al apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema, para lo cual sostiene que:

6.1. La Sala incurre en una errónea interpretación de la Ley Penal, artículo cuatrocientos doce, numeral uno, del Código Procesal Penal, por cuanto considera que como regla general se puede ejecutar provisionalmente la medida

de decomiso impuesta en la sentencia condenatoria, aun cuando sobre ella se encuentre pendiente de resolver un recurso de casación.

6.2. La Sala de Apelaciones se ha apartado del fundamento noveno de la Casación número quinientos cuarenta-dos mil quince-Puno, la cual señala que el decomiso es una afectación definitiva al derecho de propiedad.

6.3. El decomiso contra tercero no interviniente viola el derecho de defensa, por cuanto sin ser parte del proceso y sin agotarse precedentemente la incautación, que les hubiera podido dar la oportunidad de impugnar la resolución del juez de Investigación Preparatoria o pedir su reexamen, pretenden despojarlos de sus bienes que tienen protección constitucional.

SÉPTIMO. Por su parte, la defensa técnica del sentenciado Carlos José Burgos Horna sustenta su recurso, obrante a folios noventa, en la causal contenida en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, referida a la errónea interpretación de la Ley Penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación; específicamente al haberse dado una errónea interpretación de la Ley Procesal contenida en el inciso uno del artículo cuatrocientos dos y el inciso uno del artículo cuatrocientos doce del Código Procesal Penal, sobre la "ejecución provisional de la sentencia condenatoria impugnada" vinculada a la institución del decomiso y su ejecución. Así, señala que la Sala solo se ha referido de manera parcial al texto de la norma adjetiva contenida en el numeral uno del artículo cuatrocientos doce del Código Procesal Penal, al afirmar erróneamente que el Código Procesal Penal ha asumido como regla específica que la sentencia condenatoria se ejecuta provisionalmente, es decir, que la impugnación no tiene efecto suspensivo, omitiendo precisar que dicho articulado de la Ley adjetiva precisa que lo que se ejecuta provisionalmente es solo el extremo penal de la sentencia condenatoria y no el pago de la reparación civil, ni las consecuencias accesorias impuestas en la sentencia, como es el caso del decomiso, el cual además requiere una sentencia firme.

OCTAVO. De la revisión de autos se aprecia que la resolución recurrida, emitida por la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios-Colegiado A, no ha incurrido en una errónea interpretación de la Ley Penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación, pues del inciso uno del artículo cuatrocientos dos y el inciso uno del artículo cuatrocientos doce del Código Procesal Penal, se puede concluir claramente que nuestra legislación procesal en materia de recursos ha adoptado el sistema no suspensivo, lo cual conlleva a que se dé la ejecución provisional aun cuando se interponga recurso, salvo que por mandado de la ley, y en forma

excepcional, se ordene la suspensión de sus efectos[191]. No se encuentra, por tanto, alguna excepción para la ejecución del decomiso cuando se interponga un recurso. Por otro lado, es de agregar que el recurso de casación es un medio de impugnación extraordinario, devolutivo y no suspensivo, como sí ocurre excepcionalmente en el recurso de apelación. De esta manera, el decomiso, al ser una consecuencia accesoria de la pena, también se rige por las reglas que ya se han señalado en materia de recursos, en específico a la de ejecución provisional de la sentencia condenatoria; por ello no resulta de recibo que dicha ejecución del decomiso se tenga que condicionar hasta que se resuelva el recurso de casación. En consecuencia, este Supremo Tribunal considera que debe declarar inadmisible el recurso de casación, en tanto no ha existido en el auto de vista recurrido una errónea interpretación de la Ley Penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación.

Respecto a que el auto recurrido se ha apartado de la doctrina jurisprudencial, específicamente del fundamento noveno de la Casación número quinientos cuarenta-dos mil quince-Puno, esta casación se refiere a que el decomiso es una de las figuras que bajo distintos supuestos restringen temporal o permanentemente el derecho de propiedad; pero no se indica de manera puntual que el decomiso restrinja de plano permanentemente el derecho de propiedad. Así, debido a que la casación –que invoca el recurrente como doctrina jurisprudencial de la cual se habría apartado el auto recurrido– se referirse de manera muy genérica a la cuestión que se ha resuelto en dicho auto, no se puede considerar que la Sala Superior se haya apartado de la doctrina jurisprudencial; más aún cuando de la revisión de dicha casación se advierte que no se decidió que lo resuelto en esta constituya doctrina jurisprudencial vinculante, en virtud del inciso tres del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal; por lo que este Supremo Tribunal considera que respecto a este extremo también deberá declararse inadmisible el recurso de casación.

---

191 Las excepciones a esta regla se encuentran en el inciso uno –cuando la pena sea de multa o limitativa de derechos– e inciso dos –cuando el juez penal decide no ejecutar la condena de pena privativa de libertad efectiva, hasta que se resuelva la impugnación planteada, si el condenado se halla en libertad–, del artículo cuatrocientos dos del Código Procesal Penal; así como en el inciso uno –cuando se interpone recurso de apelación contra sentencias y los autos de sobreseimiento, así como los demás autos que pongan fin a la instancia– e inciso dos –cuando a criterio del órgano de revisión decide suspender la ejecución de la sentencia condenatoria de pena privativa de libertad efectiva– del artículo cuatrocientos dieciocho del Código Procesal Penal.

Por último, es de agregar que respecto a que el decomiso contra el tercero no interviniente viola el derecho de defensa, se tiene que esto no guarda relación con ninguna de las causales que han invocado los recurrentes.

NOVENO. Que el inciso dos del artículo cuatrocientos cuatro del Código Procesal Penal establece que las costas serán pagadas por quien interpuso un recurso sin éxito, las cuales se imponen de oficio, conforme con el inciso dos del artículo cuatrocientos noventa y siete del citado Código Procesal, y no existen motivos para su exoneración, en atención a que los recurrentes plantearon el presente recurso sobre la base de argumentos manifiestamente inconducentes y, por ende, incumpliendo los requisitos exigidos por la disposición del recurso de casación.

277

§277. Apartamiento de la doctrina jurisprudencial

Recurso de nulidad	2728-2016-LIMA SUR
Fecha	22 de enero de 2018
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Castañeda Espinoza.
Jueces Supremos	Lecaros Cornejo, Salas Arenas, Quintanilla Chacón, Chaves Zapater, Castañeda Espinoza.
Disposiciones estudiadas	Art. 429 num. 5 del NCPP.

RESUMEN:

Al advertirse que en la sentencia casatoria número trescientos treinta y cinco-dos mil quince Santa, se aplican criterios distintos a los expresados en la presente Ejecutoria Suprema, respecto a la determinación de la pena en el delito de violación sexual de una menor de edad cuando al momento del hecho la víctima estaba próxima a cumplir catorce años de edad y el agente es sujeto de responsabilidad restringida; corresponde recomendar la realización de un pleno de los jueces penales de la Corte Suprema de Justicia de la República a efectos de unificar criterios y establecer directrices al respecto.

FUNDAMENTOS:

OCTAVO. CRITERIOS DE APARTAMIENTO DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

En el numeral uno, del tercer párrafo, del artículo ciento cuarenta y seis de la Constitución Política del Estado, reconoce la independencia de los jueces, para lo cual establece que los mismos solo se encuentran sometidos a la Ley y a

la Constitución. Si bien a partir de dicho mandato constitucional, prima facie (a primera vista) parecería que a los magistrados judiciales no se les puede "obligar" a seguir criterios de otros jueces, por más que se trate de pautas de interpretación emanadas de jueces especializados o que detenten una mayor jerarquía; también es cierto que el "sometimiento" judicial, previsto constitucionalmente, lo es también a las leyes, algunas de las cuales habilitan a determinados magistrados, por su alta jerarquía y especialidad, a establecer sus criterios como jurisprudencia de obligatoria y necesaria observancia para otros magistrados.

8.1. Así, por ejemplo, el Código Procesal Constitucional, en el artículo VII de su Título Preliminar, estatuye que el Tribunal Constitucional puede establecer sus sentencias con calidad de cosa juzgada, como precedentes vinculantes, correspondiendo para ello la precisión del respectivo efecto normativo; precedentes que, una vez establecidos como tales, tienen efectos vinculantes frente a todos los poderes públicos y, claro está, frente a los particulares[192]. Por su parte, el Código de Procedimientos Penales, en su artículo trescientos uno-A, faculta a la Sala Penal de la Corte Suprema a establecer sus sentencias como precedentes vinculantes, para lo cual debe precisar el extremo de su efecto normativo; y, asimismo, al Pleno de los jueces en lo Penal de la Corte Suprema a dictar sentencias plenarias, las mismas que, evidentemente, también tendrán efecto vinculante al ser adoptadas por mayoría absoluta, ante la identificación de criterios discrepantes entre los propios magistrados supremos.

8.2. De modo semejante, el Código Procesal Penal, en el numeral tres, del artículo cuatrocientos treinta y tres, faculta a la Sala Penal Suprema que conoce el fondo de su recurso de casación, a decidir: "[...] atendiendo a la naturaleza del asunto objeto de decisión, que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial vinculante a los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la propia Corte Suprema, la cual permanecerá hasta que otra decisión expresa la modifique. Si existiera otra Sala Penal o esta se integra con otras vocales, sin perjuicio de resolverse el recurso de casación, a su instancia, se convocará inmediatamente al Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema para la decisión correspondiente, que se adoptará por mayoría absoluta". En el cuarto inciso del mismo artículo se precisa que: "Si se advirtiera que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes

192 Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el expediente número tres mil setecientos cuarenta y uno-dos mil cuatro-AA/TC, del catorce de noviembre de dos mil cinco, fundamento jurídico cuarenta y nueve.

sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma, de oficio [...], obligatoriamente se reunirá el Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema".

8.3. En líneas generales, la casación por apartamiento de doctrina jurisprudencial o, simplemente, la casación jurisprudencial está en función de las decisiones vinculantes, así declaradas por las altas Cortes de Justicia, excluyéndose de su ámbito de comprensión las decisiones que, a pesar de emanar de tales Cortes, solo fijan una determinada línea jurisprudencial193. En la jurisdicción ordinaria penal los precedentes vinculantes, así expresados en ejecutorias supremas según el Código de Procedimientos Penales, las doctrinas jurisprudenciales establecidas como vinculantes en sentencias casatorias de conformidad con el Código Procesal Penal, o los principios jurisprudenciales fijados en los acuerdos plenarios, constituyen, todas, decisiones de jueces supremos penales de observancia necesaria y obligatoria por órganos jurisdiccionales de otras instancias.

8.4. La casación jurisprudencial (cfr. artículo cuatrocientos veintinueve, numeral cinco, del Código Procesal Penal de dos mil cuatro) resulta atendible hasta en tres supuestos, cuando los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la Corte Suprema:

8.4.1. Se apartan de un criterio jurisprudencial vinculante o de ineludible observancia, de conformidad con lo establecido en el segundo párrafo, del artículo veintidós, de la Ley Orgánica del Poder Judicial; esto es, al decidir, expresamente, no seguir el criterio jurisprudencial supremo vinculante que sea de aplicación al caso que resuelven, justificando su decisión de apartamiento, precisando sus razones (apartamiento expreso de doctrina jurisprudencial).

8.4.2. Soslayan la aplicación del referido criterio a pesar de que resulta ser de aplicación al caso que resuelvan, por desconocimiento o deliberadamente, sin hacer alusión alguna al mismo en la resolución que expiden (apartamiento presunto de doctrina jurisprudencial).

8.4.3. Aparentemente, cumplen con aplicar el criterio jurisprudencial vinculante o de ineludible observancia que resulta ser de aplicación al caso que resuelven; no obstante, no lo hacen rigurosa, adecuada o acabadamente, lo cual repercute, significativamente, en la solución del caso que deciden (apartamiento material de doctrina jurisprudencial).

---

193 Cfr. Auto Supremo de calificación del recurso de casación número setecientos veinticuatro-dos mil quince-Piura, del quince de abril de dos mil dieciséis, fundamento jurídico cuarto.

NOVENO. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS SUPUESTOS APLICADOS EN LA SENTENCIA CASATORIA NÚMERO TRESCIENTOS TREINTA Y CINCO-DOS MIL QUINCE

En ese contexto, si bien la sentencia casatoria número trescientos treinta y cinco-dos mil quince considera necesaria una reducción amplia de la pena privativa de libertad a imponerse cuando se cumplen los siguientes presupuestos: a) Ausencia de violencia o amenaza para acceder al acto sexual. b) Proximidad de la edad del sujeto pasivo a los catorce años. c) La afectación psicológica mínima de la víctima. d) Diferencia etárea entre el sujeto activo y pasivo. Sin embargo, esta Sala Suprema discrepa con los criterios de la doctrina jurisprudencial vinculante establecida en la referida sentencia casatoria; por cuanto:

9.1. La aludida sentencia señala como primer presupuesto la ausencia de violencia o amenaza para acceder al acto sexual. Para ello tuvieron como base que el sujeto pasivo, próximo a cumplir catorce años de edad, brinde su "consentimiento" para tener relaciones sexuales; es decir, que no haya sido amenazado o violentado para que el bien jurídico protegido no sea menoscabado. Sin embargo, no se tuvo en cuenta que en los atentados contra personas que no pueden consentir jurídicamente, lo protegido por la norma no es su (inexistente) libertad de disposición o abstención sexual, sino la llamada "intangibilidad" o "indemnidad sexual". Lo que se sanciona es la actividad sexual en sí misma, aunque exista tolerancia o consentimiento de la víctima, pues lo protegido son las condiciones es el desarrollo y las condiciones físicas o psíquicas para el ejercicio sexual en libertad.

9.2. Si bien lo último señalado (la protección de las condiciones físicas y psíquicas para el ejercicio sexual en libertad del agente pasivo) está vinculado a otro presupuesto también precisado por la aludida sentencia casatoria: la afectación psicológica mínima de la víctima. Sin embargo, a criterio de este Tribunal Supremo, el que la pericia psicológica no concluya una afectación de este tipo en la víctima menor de catorce años no es, de por sí, relevante para reducir la sanción penal al sujeto activo. Se pueden suscitar diversas circunstancias para que quien resulte agraviado no presente una afectación de tal magnitud después de haber mantenido una relación sexual; entre ellas, que ambos sujetos hayan mantenido una relación sentimental, amical, o de cercanía y confianza, de tal forma que el acceso carnal no afecte emocionalmente a la víctima; pero, ante estas circunstancias, surge la interrogante de qué sucede con la función preventiva del derecho. Está claro, al respecto, que la norma penal protege la indemnidad sexual de los menores de catorce años, quienes, por su propio desarrollo físico y psicológico, no han llegado

a la madurez total como para comprender las consecuencias ni la responsabilidad que conlleva la práctica del acto sexual, es decir, el raciocinio sobre el instinto. No podemos ser ajenos a cómo se desarrolla la sociedad en la actualidad, refiriéndonos expresamente a los embarazos no deseados en adolescentes (muy aparte el caso en que debería ser evaluado el derecho consuetudinario o el error de tipo; si así corresponde). La deserción escolar es una de las tantas consecuencias del embarazo a temprana edad; el abandono de menores, los abortos clandestinos, las carencias económicas y sociales para la crianza de la prole; entre otras lamentables secuelas por la falta de responsabilidad de quienes procrearon siendo adolescentes.

9.3. No queremos hacer alusión a una moral sexual, pues ese no es el fin de los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal; lo que queremos dejar por entendido es que la protección de la indemnidad sexual está íntimamente ligada al desarrollo psíquico y físico del sujeto pasivo (en el caso que nos ocupa, cuando la víctima es menor de catorce años de edad). Tampoco hacemos referencia a que todas las prácticas sexuales a temprana edad deriven –entre otras– en las circunstancias ya citadas en el párrafo anterior; solo mencionamos las consecuencia más comunes que se presentan en nuestra sociedad por tales actos. No por gusto el legislador tipificó como delito el acceso carnal con una menor de catorce años de edad, y que, para ello, su consentimiento no era válido jurídicamente. Conforme lo precisa el fundamento jurídico número dieciséis del Acuerdo Plenario número uno-dos mil once/CJ-ciento dieciséis:

[...] lo protegido no es una inexistente libertad de disposición o abstención sexual sino la llamada "intangibilidad" o "indemnidad sexual". Se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque exista tolerancia de la víctima; lo protegido son las condiciones físicas o psíquicas para el ejercicio sexual en libertad.

9.4. Entre dichas condiciones psíquicas para el ejercicio sexual en libertad encontramos la madurez y la representación de las consecuencias de dichas prácticas por parte del sujeto pasivo, las cuales, por su propia edad, no ha desarrollado en plenitud.

9.5. Por principio de legalidad, tener acceso carnal con una menor de catorce años de edad (así esta esté próxima a cumplir dicho límite de edad) es delito. Si se deben evaluar los hechos junto a contextos que ameriten eximir o atenuar la responsabilidad penal, así deberá procederse; pero dar a entender que solo porque la víctima tiene casi catorce años de edad, se presenta una circunstancia que le otorga cierta validez jurídica a su "consentimiento", no es un criterio compartido por este Tribunal Supremo.

9.6. En la aludida sentencia casatoria se evaluó la inaplicación del segundo párrafo, del artículo veintidós, del Código Penal, para aplicar el primer párrafo del citado artículo, respecto a la responsabilidad restringida. A criterio de esta Sala Suprema, el segundo párrafo del mencionado artículo veintidós resulta discriminatorio, por tanto, la responsabilidad restringida por la edad del agente activo es correcta. Sin embargo, dicha responsabilidad restringida también es evaluada para señalar que existe una proximidad entre la edad del agente con el de la víctima y, además, para invocar el artículo veintinueve del Código Penal. Si el artículo veintidós del Código Penal establece que el juez puede reducir prudencialmente la pena señalada por el hecho punible cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años de edad; resultaba de por sí inoficioso señalar que la sanción penal estipulada en el inciso dos, del artículo ciento setenta y tres, del Código Penal era incompatible con la Constitución Política del Estado. Para esta Sala Suprema, lo único que estuvo permitido era reducir la pena privativa de libertad conforme con el primer párrafo, del artículo veintidós, del Código Penal, pues solo el control difuso que se efectuó para el segundo párrafo de este artículo, a nuestro criterio, resultó acertado. En ese sentido, tampoco era de recibo generar un nuevo espacio punitivo de acuerdo al artículo veintinueve del Código Penal. Lo único que correspondía era rebajar la sanción penal por responsabilidad restringida por la edad del agente.

9.7. En tal sentido, al advertirse que en la sentencia casatoria número trescientos treinta y cinco-dos mil quince-Santa, se aplican criterios distintos a los expresados en la presente Ejecutoria Suprema, respecto a la determinación de la pena en el delito de violación sexual de una menor de edad cuando al momento del hecho la víctima estaba próxima a cumplir catorce años de edad y el agente es sujeto de responsabilidad restringida; no compartiendo los criterios expuestos en la casación señalada, y no puede ser una regla general para aplicar la reducción de la pena para todos los casos en esta clase de delitos, para rebajar hasta límites inferiores del mínimo legal, sin tener en cuenta la protección legal establecida para los menores de catorce años de edad; por lo que corresponde recomendar la realización de un pleno de los jueces penales de la Corte Suprema de Justicia de la República, a efectos de unificar criterios y establecer directrices al respecto.

16. LA ACCIÓN DE REVISIÓN

278

§278. Competencias y límites del Tribunal Revisor

Casación	430-2015 – LIMA
Fecha	28 de junio de 2016
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Barrios Alvarado.
	Prado Saldarriaga, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. VI del TP y 60° y 61° del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	18° al 2.2°

RESUMEN:

Es posible que el Tribual Revisor al evaluar la corrección jurídica de la decisión pueda desvincularse de la calificación jurídica planeada en Primera Instancia como expresión genuina de la iuduciom, en el ejercicio de la aplicación correcta de la norma jurídica y respeto al principio de legalidad.

Por ello, si con posterioridad a la audiencia de apelación el Tribunal Superior advierte que a los hechos propuestos le corresponde una distinta calificación jurídica y estima que corresponde afianzar la garantía del derecho de defensa y principio de contradicción, puede declarar la nulidad de todo o en parte de la sentencia recurrida y disponer se remitan los autos al juez que corresponda con el propósito que se lleva a cabo un nuevo juzgamiento respecto al nuevo título de imputación.

FUNDAMENTOS:

DÉCIMO OCTAVO: El nuevo proceso penal delimita claramente las funciones del Ministerio Público y del juez dentro de un proceso penal, así compete al Ministerio Público la titularidad del ejercicio de la acción penal, conduce la investigación del delito, actúa en el proceso con independencia del criterio, intervine en todo el desarrollo del mismo y está legitimado para interponer recursos conforme al artículo VI del título Preliminar y artículos sesenta y sesenta y uno del Código Procesal Penal.

A su lado, el juez como tercero imparcial esta premunido de su obligación de aplicar la norma jurídica que corresponde al caso concreto, lo que entraña el conocimiento del ordenamiento jurídico.

DÉCIMO NOVENO: En el marco del proceso penal rige la máxima "El juez conoce el derecho" por lo que el objeto viene determinado por el hecho histórico, de modo que el juzgador tiene el imperio sobre el juicio jurídico de los hechos; lo que no significa que pueda mutar el hecho o lesionar la homogeneidad del bien jurídico, antes bien su preservación deviene obligatoria.

En cualquier resolución judicial y sin contravenir el principio de legalidad, el juez debe determinar el derecho, debe moldearlo para adaptarlo al caso concreto. Para Montero Aroca la aplicación de este principio manifiesta que el juzgador conoce el derecho y no se encuentra vinculado a las obligaciones jurídicas que le hagan las partes, pudiendo estimar como correcto una de las opiniones formuladas por las partes, pero también estimando que las dos no son aplicables al caso enjuiciado, por lo que puede formular su propia calificación jurídica, esto es, una tercera opinión, de la que debe ejercer contradicción.

De ahí que el Ministerio Público postula y fija los hechos que considera delictivos, delimitando así el ámbito en que descartará el proceso (principio acusatorio), sin que ello merme la facultad jurisdiccional (*iudicium*) que detenta el juez para aplicar la norma jurídica que corresponde al caso en concreto, preservando al realizar tal ejercicio, la intangibilidad del *factum* y advirtiendo que se haya garantizado el derecho de defensa, ello como regla de juicio.

VIGÉSIMO: En efecto, nuestro ordenamiento jurídico lo precisa así, en el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil, sobre el principio *iura novit curia*, señala que los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada. Este principio ha sido recogido por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, estableciendo que

el Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocada por las partes o lo haya sido erróneamente.

En la casación de la Sala Civil Transitoria de la Corte suprema de Justicia de la República, número 1944-2009-Piura, de uno de octubre de dos mil diez, se ratifica ello, y señala que la aplicación del principio tiene como límites los principios de contradicción y congruencia.

VIGÉSIMO PRIMERO: En esta línea normativa y respecto a la impugnación, el artículo cuatrocientos nueve, del Código Procesal Penal, establece la competencia del Tribunal Revisor, en los siguientes casos: "(...) 1. La impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante".

Surge aquí la interrogante si el Tribunal Revisor puede variar la calificación jurídica realizada respecto de los hechos en primera instancia y no calificada por las partes.

En primer lugar rige en plenitud el aforismo *iura novit curia* en la medida en que se respete el principio de congruencia entre imputación y resolución y las exigencias derivadas del derecho de defensa, solo así a decir de Alfonso Zambrano "la aplicación del principio resulta legitima".

En el Acuerdo Plenario Nº 4-2007/CJ-116 se perfilan supuestos de desvinculación procesal bajo los alcances del artículo doscientos ochenta y cinco A del Código de Procedimientos Penales (que tiene su correlación en el apartado dos, del artículo trescientos noventa y siete del Código Procesal Penal) en el que se precisa que el Tribunal está sometido al principio de legalidad "por el que ante un hecho concreto debe aplicar la norma que corresponda aun en contra de la perdida erróneamente por la acusación, en estos supuestos, siempre se da una homogeneidad delictiva y no se produce un supuesto de falta de contradicción o falta sorpresivo, precisamente por la comunidad de los hechos que entraña". Señalamos también en el referido Acuerdo Plenario: "Que tratándose del supuesto de modificación de la calificación jurídica y aun cuando no se ha planteado la tesis, es posible una desvinculación en los casos de manifestado error, de evidencia de la opción jurídica correcta, fácilmente constatable por la defensa, de tal modo que por lo obvio o semejanza de la opción asumida no se produce un supuesto de indefensión, en tanto que todos los puntos de la sentencia pudieron ser debatidos al haber sido contenidos en la acusación. En estos casos, el tipo legal objetivo de condena en relación con el tipo legal materia de acusación ha de ser homogénea: mismo hecho histórico subsumible en una figura penal que lesione el mismo bien

jurídico protegido (esta regla expresa una importa limitación al principio *iura novit curia*), en tanto expresan conducta estructuralmente semejante".

VIGÉSIMO SEGUNDO: En este contexto, la subsunción típica del hecho, como expresión natural del poder de la jurisdicción corresponde igualmente al Tribunal Revisor, pues no puede abdicar de los poderes que le otorga la *iudiciom*, son actuar dentro de las previsiones legales establecidas en tanto no cause indefensión a las partes, de modo tal que si el órgano de instancia, con o sin actuación probatoria, en esta determina una indebida calefacciones, es posible que oriente su reconducción, en estricto del principio de legalidad.

El limite a tal facultad, está vinculada al principio de congruencia, referido ello al respeto al hecho fáctico postulado por el fiscal en su acusación erradicando así la indefensión y respetando que la calificación jurídica sea homogénea a la propuesta en su acusación.

De ahí que es posible que el Tribual Revisor al evaluar la corrección jurídica de la decisión pueda desvincularse de la calificación jurídica planeada en Primera Instancia como expresión genuina de la *iuduciom*, en el ejercicio de la aplicación correcta de la norma jurídica y respeto al principio de legalidad.

Por ello, si con posterioridad a la audiencia de apelación el Tribunal Superior advierte que a los hechos propuestos le corresponde una distinta calificación jurídica y estima que corresponde afianzar la garantía del derecho de defensa y principio de contradicción, puede declarar la nulidad de todo o en parte de la sentencia recurrida y disponer se remitan los autos al juez que corresponda con el propósito que se lleva a cabo un nuevo juzgamiento respecto al nuevo título de imputación.

Lo expuesto se correlaciona con el artículo cuatrocientos nueve, del Código Procesal Penal, que estima la competencia del Tribunal para declarar la nulidad en caso de nulidad absoluta o sustanciales no advertidas por el impugnante.

279

§279. El Proceso de Revisión y la Imparcialidad

Sentencia Plenaria N°	1-2015/301-A.2-ACPP
Fecha	05 de mayo de 2015
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	Salas Arenas y Neyra Flores.
Jueces Supremos	San Martin Castro, Villa Stein, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Neyra Flores y Loli Bonilla.
Disposiciones estudiadas	Art. 439° NCPP.

RESUMEN:

No es razonable que el juez supremo que conoce de una acción de revisión sea el mismo que antes emitió una sentencia producto del juicio oral o decidió recursos de nulidad o de casación, de los que se derivó una sentencia condenatoria con carácter de cosa juzgada.

FUNDAMENTOS:

DECIMONOVENO. Como bien se precisó, la acción de revisión implica el análisis de una condena que adquirió la calidad de cosa juzgada, y a pesar de ser un proceso autónomo e independiente, su indesligable antecedente lógico es el proceso declarativo del que se derivó la sentencia que se cuestiona, respecto al cual en la mayoría de los casos debe completar su análisis con la prueba de cargo que anteriormente valoró.

VIGÉSIMO. En tal sentido, no es razonable que el juez supremo que conoce de una acción de revisión sea el mismo que antes emitió una sentencia producto del juicio

oral o decidió recursos de nulidad o de casación, de los que se derivó una sentencia condenatoria con carácter de cosa juzgada. En estos supuestos, sin duda, las referencias a la parcialidad del juez se pueden considerar objetivamente justificadas.

VIGÉSIMO PRIMERO. Como ya se puntualizó, la imparcialidad de los magistrados judiciales es una garantía que debe asentarse en la confianza de los ciudadanos en el valor justicia. La garantía de imparcialidad objetiva establece, tal como se anotó, una incompatibilidad de funciones del juez que participa en la instancia anterior o en otra sede o proceso conexo para conocer el objeto de la revisión de sentencia. En consecuencia, la existencia del temor fundado en aquella falta de imparcialidad del juez que intervino anteriormente, justifica el apartamiento del magistrado a fin de no perjudicar sus intereses de redención de justicia a través de la acción de revisión.

VIGÉSIMO SEGUNDO. En ese contexto, los magistrados que emitieron decisión previa, en apariencia, no se hallan en condición de imparcialidad para el accionante y ante la colectividad en cuyo nombre ejerce función, y si bien el juez no necesariamente debe gozar del consenso de la mayoría, debe contar; sin embargo, con la confianza de los sujetos concretos que juzga, de modo que estos no solo no tengan sino ni siquiera alberguen, el temor de llegar a tener un juez enemigo o de cualquier modo no parcial, lo que en este caso no se cumple, por tener el magistrado una posición formada y concretamente expresada en relación al caso.

Decisión Plenaria

I. DECLARARON que el juez supremo que participó en el proceso del cual se derivó la condena del accionante en revisión, resolviendo sobre su responsabilidad, el recurso de nulidad o el recurso de casación, no puede avocarse al conocimiento de su demanda de revisión.

II. DISPUSIERON que la relatoría, en cada acción de revisión, dé cuenta de la existencia de esta incompatibilidad para disponer lo correspondiente.

17. PROCESOS ESPECIALES

280

§280. Proceso Penal Inmediato Reformado. Legitimación y alcances

Acuerdo Plenario Extraordinario	2-2016/CIJ-116
Fecha	01 de junio de 2016
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	San Martin Castro, Salas Arenas y Neyra Flores.
Jueces Supremos	Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Hinostroza Pariachi, Príncipe Trujillo y Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 446° NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	7° al 12 y 15 al 24

RESUMEN:

La flagrancia supone, primero, que todos los elementos necesarios para evidenciar la comisión del delito se encuentren presentes en el lugar de la detención y sean recabados durante la captura; lo cual abre la puerta a la prosecución de un proceso inmediato; y, segundo, que al efectuarse la detención de hecho se impide la continuación de la acción delictiva y de este modo se protegen los intereses de las víctimas del delito.

Para los efectos de la compatibilidad de la flagrancia delictiva con el proceso inmediato, en la noción de evidencia siempre ha de primar: claridad de la comisión del delito por el imputado y lógica concluyente de lo que se aprecia y observa -incluso a través de medios audiovisuales-, con descarte razonable de alguna duda o información incompleta que fluye de los actos de investigación provisionales realizados

inmediatamente o con carácter de urgencia y tiempo imprescindible, que es a lo que se denomina "diligencias policiales de prevención".

FUNDAMENTOS:

7º. Sin duda, el proceso inmediato nacional –de fuente italiana-, en clave de legitimación constitucional o de fundamento objetivo y razonable, se sustenta, primero, en la noción de "simplificación procesal", cuyo propósito consiste en eliminar o reducir etapas procesales y aligerar el sistema probatorio para lograr una justicia célere, sin mengua de su efectividad; y, segundo, en el reconocimiento de que la sociedad requiere de una decisión rápida, a partir de la noción de "evidencia delictiva" o "prueba evidente", lo que a su vez explica la reducción de etapas procesales o de periodos en su desarrollo. Ello, a su vez, necesita, como criterios de seguridad -para que la celeridad y la eficacia no se instauren en desmedro de la justicia-, la simplicidad del proceso y lo evidente o patente de las pruebas de cargo; así como, en consecuencia, una actividad probatoria reducida, a partir de la noción de "evidencia delictiva"; lo que asimismo demanda, aunque a nivel secundario pero siempre presente, una relación determinada entre delito objeto de persecución y conminación penal.

Los presupuestos materiales o la naturaleza de su objeto (*i*) de evidencia delictiva y (*ii*) de ausencia de complejidad o simplicidad, a los que se refiere el artículo 446°, apartados 1) y 2), del NCPP (Decreto Legislativo número 1194, del 30-8-2015), reclaman una interpretación estricta de las normas habilitadoras de este proceso especial, en cuanto el proceso inmediato, por ampararse en la simplificación procesal, reduce al mínimo indispensable -aunque no irrazonablemente- las garantías procesales de las partes, en especial las de defensa y tutela jurisdiccional de los imputados. Por consiguiente, en la medida que exista, con claridad y rotundidad, prueba evidente o evidencia delictiva y simplicidad, la vía del proceso inmediato estará legitimada constitucionalmente.

Este criterio interpretativo plasma directamente lo que ha sido recogido positivamente por el artículo VIII, apartado tres, primera parte, del Título Preliminar del NCPP: "La Ley que coacta [...] el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes [...], será interpretada restrictivamente".

8º. La "prueba evidente" o "evidencia delictiva" se define a partir de tres instituciones -dos de ellas con un alcance legislativo en el propio NCPP,

que es pertinente matizar para los efectos de los alcances del proceso inmediato-: delito flagrante, confesión del imputado y delito evidente. Su objetivo o efecto es meramente procesal. Estriba, instrumentalmente, en concretar el ámbito de aplicación de un procedimiento especial más rápido y sencillo, menos formalista y complejo que el común u ordinario.

A. El delito flagrante, en su concepción constitucionalmente clásica se configura por la evidencia sensorial del hecho delictivo que se está cometiendo o que se acaba de cometer en el mismo instante de ser sorprendido el delincuente; de suerte que se conoce directamente tanto la existencia del hecho como la identidad del autor y se percibe, al mismo tiempo, la relación de este último con la ejecución del delito y se da evidencia patente de tal relación. Se trata de una situación fáctica, en que el delito se percibe con evidencia y exige inexcusablemente una inmediata intervención [STSE de 3-2-2004], se requiere una evidencia sensorial y luego de la noción de urgencia.

Las *notas sustantivas* que distingue la flagrancia delictiva son: a) inmediatez temporal, que la acción delictiva se esté desarrollando o acabe de desarrollarse en el momento en que se sorprende o percibe; y, b) inmediatez personal, que el delincuente se encuentre en el lugar del hecho en situación o en relación con aspectos del delito (objetos, instrumentos, efectos, pruebas o vestigios materiales), que proclamen su directa participación en la ejecución de la acción delictiva. *Las notas adjetivas* que integran el delito flagrante son: a) la percepción directa y efectiva: visto directamente o percibido de otro modo, tal como material fílmico o fotografías (medio audiovisual) - nunca meramente presuntiva o indiciaria- de ambas condiciones materiales; y, b) la necesidad urgente de la intervención policial, la cual debe valorarse siempre en función del principio de proporcionalidad, de tal suerte que evite intervenciones desmedidas o la lesión desproporcionada de derechos respecto al fin con ellas perseguidas (Conforme: SSTSE de 28-12-1994 y de 7-3-2007). Por lo demás, la noción general de "delito flagrante" requiere una aplicación jurisdiccional siempre atenta a las singularidades del modo de verificación de cada concreta conducta delictiva (STCE 341/ 1993).

Lo expuesto comprende lo que la doctrina procesalista reconoce como tres tipos de flagrancia: 1. Flagrancia estricta: el sujeto es sorprendido y detenido en el momento de ejecutar el hecho delictivo. 2. Cuasi

flagrancia: el individuo es capturado después de ejecutado el hecho delictivo, siempre que no se le haya perdido de vista y haya sido perseguido desde la realización del delito. 3. Flagrancia presunta: la persona es intervenida por la existencia de datos que permiten intuir su intervención -en pureza, que viene de 'intervenir'- en el hecho delictivo [*LÓPEZ BETANCOURT, EDUARDO. Derecho Procesal Penal. Segunda edición. México: Iura Editores, p. 95].*

La flagrancia supone, primero, que todos los elementos necesarios para evidenciar la comisión del delito se encuentren presentes en el lugar de la detención y sean recabados durante la captura; lo cual abre la puerta a la prosecución de un proceso inmediato; y, segundo, que al efectuarse la detención de hecho se impide la continuación de la acción delictiva y de este modo se protegen los intereses de las víctimas del delito.

En todo caso, la flagrancia delictiva se ve, no se demuestra, y está vinculada a la prueba directa y no a la indirecta, circunstancial o indiciaria (STSE 980/2014, de 22 de julio). Ello refuerza la idea de que si fuese preciso elaborar un proceso deductivo más o menos complejo para establecer la realidad del delito y la participación en él del delincuente no puede considerarse un supuesto de flagrancia (STSE 749/2014, de 12 de noviembre). La actualidad e inmediatez del hecho, y la percepción directa y sensorial del mismo, excluyen de por si la sospecha, conjetura, intuición o deducciones basadas en ello (STSE 758/2010, de 30 de junio).

Es cierto que la medicación del articulo 259 NCPP, establecida por la Ley número 29596, de 25-8- 2010, amplió, exagerada e irrazonablemente, la relación que debe existir entre la percepción del hecho y el momento mismo de la intervención al imputado -notas sustantivas de la flagrancia delictiva-, lo que le resta, en gran medida, inmediatez temporal y personal, así como evidencia. Sin embargo, para los efectos de la compatibilidad de la flagrancia delictiva con el proceso inmediato, en la noción de evidencia siempre ha de primar: claridad de la comisión del delito por el imputado y lógica concluyente de lo que se aprecia y observa - incluso a través de medios audiovisuales-, con descarte razonable de alguna duda o información incompleta que fluye de los actos de investigación provisionales realizados inmediatamente o con carácter de urgencia y tiempo

imprescindible, que es a lo que se denomina "diligencias policiales de prevención" *[Conforme GIMENO SENDRA, VICENTE. Derecho Procesal Penal. Segunda edición. Madrid: Editorial Civitas, 2015, pp. 354-357].*

Está claro, por lo demás, que si el concepto de flagrante delito se utiliza, por ejemplo, para efectos procesales, a fin de decidir un procedimiento a seguir -este sería el caso-, no hay nada que objetar a una interpretación más o menos amplia del mismo. Pero cuando lo que se pretende es fundamentar en él una excepción al contenido de un derecho fundamental, la interpretación debe ser necesariamente restrictiva -por ejemplo, para la entrada y registro domiciliario- *[MARTÍN MORALES, RICARDO. "Entrada en domicilio por causa de delito flagrante". En Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología; 01-02, 1999, p. 2].* La flagrancia se erige, en este caso del proceso inmediato, como una circunstancia que hace solamente más segura la determinación del autor del delito y permite, por tanto, un procedimiento más rápido en la investigación y en la celebración del juicio *[BRICHETTI, GIOVANNI. La "evidencia" en el Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Editorial EJEA, 1973, p. 169].*

Debe asumirse que el supuesto de "flagrancia presunta" puede llegar a presentar dificultades. Así Jiménez-Villarejo Fernández previene que *"...la tenencia de los efectos del delito no se considera, por sí solo, suficiente para desvirtuar el principio de presunción de inocencia. Constituye un indicio aislado que no se acredita como llegaron al poder. Los efectos del delito pueden haberse encontrado en un lugar próximo en que fueron abandonados por el autor del hecho o haberlos adquirido de este, lo que podría dar lugar a otras figuras delictivas, cono la apropiación indebida de cosa de dueño desconocido o la receptación; pero se aleja de lo que tradicionalmente se entendía por delito flagrante..." [AGUSTINJESUS PEREZ-CRUZ MARTIN y otros. Derecho Procesal Penal. Navarra: Editorial Civitas, 2009, p. 691]*

B. El delito confeso está definido en el artículo 160° NCPP. Por razones de implicación procesal, la regla para su admisión será la denominada "confesión pura o simple", en cuya virtud el imputado voluntariamente admite los cargos o imputación formulada en su contra -relación de hechos propios por medio de la cual reconoce su intervención en el delito-. Ese reconocimiento de los hechos por

el cometidos (confesión propia), ha de ser libre -sin presiones o amenazas: violencia, intimidación y/o engaño- y prestado en estado normal de las facultades psíquicas del imputado, así como con información al imputado de sus derechos. Además, *(i)* debe rendirse ante el juez o el fiscal en presencia del abogado del imputado; *(ii)* debe ser sincera -verdadera y con ánimo de esclarecer los hechos- y espontánea -de inmediato y circunstanciada-; y, como requisito esencial de validez, *(iii)* ha de estar debidamente corroborado con otros actos de investigación -fuentes o medios de investigación-, pues permite al órgano jurisdiccional alcanzar una plena convicción sobre su certidumbre y verosimilitud, a partir de un debido respeto a las reglas de la lógica o las máximas de la experiencia. La exigencia de corroboración, como se sabe, tiene el propósito de desterrar el sistema de valoración tasado del proceso penal inquisitivo, en el que la fase instructora estaba destinada a arrancar la confesión del imputado que, por su carácter de "prueba plena", se erigía en la *"regina probatorum" [GIMENO SENDRA, VICENTE. Obra citada, p. 559].*

La "confesión calificada", es decir, la Incorporación en el relato del imputado de aceptación de haber intervenido en los hechos atribuidos de circunstancias que tienden a eximir o atenuar la responsabilidad penal *[BARRAGAN SALVATIERRA, CARLOS. Derecho Procesal Penal. Tercera edición. México: Editorial Mc Graw Hill, 2009, pp. 495-497]*, en principio, debe descartarse, como un supuesto de confesión idónea para el proceso inmediato, a menos que ese dato alternativo sea claro o fácilmente demostrable con mínima prueba de urgencia. De igual manera, si la verosimilitud de la confesión está en crisis, su indagación es esencial para investigar el hecho en toda su extensión y determinar la existencia de otros intervinientes en su comisión, lo que de por si aleja la posibilidad de optar por el proceso inmediato.

C. El delito evidente no tiene una referencia legislativa específica. Sin embargo, con arreglo a su acepción literal, un delito evidente es aquel cierto, claro, patente y acreditado sin la menor duda. Cuando la ley hace mención a la denominada "prueba evidente" exige una prueba que inmediatamente, esto es, prima facie, persuada de su correspondencia con la realidad; busca que la apreciación del juez en aquel supuesto sea exacta con extrema *probabilidad [BRICHETTI, GIOVANNI. Obra citada, p. 17].*

Los iniciales actos de investigación deben reflejar, sin el menor asomo de duda o incertidumbre, la realidad del delito y de la intervención en su comisión del imputado. Fuera de los casos de flagrancia o de confesión -en tanto supuestos propios de evidencia delictiva-, las fuentes de investigación o los medios de investigación llevados a cabo han de apuntar, con certeza manifiesta, con conocimiento indudable, la comisión de un delito y la autoría o participación del imputado. No debe haber ningún ámbito relevante no cubierto por un medio de investigación, y los actos de investigación han de ser precisos y sin deficiencia legal alguna, esto es idóneos y con suficinte fiabilidad inculpatoria. Propiamente, el concepto de "prueba evidente" está referido a la valoración del resultado de la prueba -si esta se produce de un modo seguro y rápido- y es la que proporciona la comprensión completa del hecho delictuoso en modo irresistible y rápido; significa solamente prueba que demuestra de un modo seguro, necesario y rápida la existencia de un determinado hecho, demostración que puede emerger implícitamente de uno o más elementos de convicción unívocos, por lo que no se requiere un laborioso proceso lógico para el convencimiento judicial a partir de los elementos de cargo *[BRICHETTI, GIOVANNI. Obra citada, pp. 68-70, 191]*. Cabe acotar, finalmente, que no debe confundirse "evidencia" como traducción equivoca de la voz inglesa *"evidence"*, pues esta última significa, simplemente, 'prueba' o 'cada una de sus especies' *[CABANILLAS DE TORRES, GUILLERMO. Diccionario enciclopédico de Derecho Usual. Volumen III. Trigésima edición. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2008, p. 665]*.

9º La "ausencia de complejidad o simplicidad procesal" tiene una primera referencia -no la única- en el artículo 342°.3 NCPP, modificado por la Ley número 30077, del 20-8-2013. Esta norma contempla ocho supuestos de complejidad de la investigación preparatoria. La base de esta institución procesal es, de un lado, la multiplicidad de imputados, agraviados, hechos delictuosos y/o actos de investigación que se requieran; y, de otro lado, la complejidad o la dificultad de realización de determinados actos de investigación - tanto por el lugar donde debe realizarse o ubicarse la fuente de investigación, como por el conjunto y la pluralidad de actividades que deben ejecutarse-, o por la intervención en el delito de organizaciones delictivas o miembros de ella -lo que implica la exigencia de esclarecer un posible entramado delictivo-. Estos supuestos, como es obvio, demandan

un procedimiento de averiguación amplio y particularmente difícil, que necesita de una variada y estructurada estrategia investigativa, y con una muy clara lógica indiciaria, en la que el tiempo de maduración para la formación de una inculpación formal demanda un tiempo razonable y se aleja de toda posibilidad de simplificación procesal. Por el contrario, es que, en función a los recaudos de la causa, se presume que el proceso es sencillo y de duración breve. [*BARONA VILAR, SILVIA y otros. Derecho Jurisdiccional-Tomo III. 22° edición. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2014, p. 587].*

La simplicidad de los actos de investigación y su contundencia desde un primer momento, con la consiguiente rapidez en su tramitación, como característica de este procedimiento *[BARONA VILAR, SILVA. Obra citada. P. 588]* permiten apartar del proceso inmediato *(i)* hechos complejos -en virtud a su variedad de circunstancias, a la posible inicial equivocidad de determinados actos de investigación y/o a la presencia de vacíos en la acreditación de determinados pasajes importantes de los hechos-; o, *(ii)* en el que existen motivos razonables para dudar -que no descartar radicalmente tanto de la legalidad y/o suficiencia, como de la fiabilidad y/o congruencia de los actos de investigación recabados; obtención de las fuentes de investigación y actuación de los medios de investigación; así como desde su valoración racional, de la contundencia *ab initio* del resultado incriminatorio.

La necesidad de especiales -o especificas- averiguaciones acerca del hecho o de su autor o participe para concretarlo y esclarecerlo, determinan la exclusión del proceso inmediato. En cambio, si el desarrollo del hecho puede ser reconstruido con facilidad y certidumbre desde sus primeros momentos es posible obviar o reducir al mínimo la investigación preparatoria y pasar al proceso inmediato. En este caso, prima la inmediación del juicio por sobre la cautela en la reunión de los elementos de convicción -seguridad del material probatorio-, que es la base de la investigación *preparatoria [LEONE, GIOVANNI. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones EJEA, 1963, pp. 457-458].*

La complejidad no solo está vinculada a la naturaleza interna del acto de investigación – a lo complicado y/o extenso del mismo-, sino también a las condiciones materiales referidas a la ejecución del acto de investigación o en su incorporación a la causa –por razones de distancia, de remisión de muestras y su análisis, de saturación de los servicios periciales, de demora

en la expedición de informes por parte de diversos órganos públicos, etcétera-.

Cabe tener presente que si se imputa un hecho delictivo a varias personas, la noción de prueba evidente o evidencia delictiva debe comprender a todos ellos - a los elementos de convicción referidos a la intervención de todos los indiciados en el hecho o hechos delictuosos-. De igual modo, si se imputan varios hechos a distintas personas, la evidencia delictiva -prueba evidente- debe comprenderlas acabadamente.

10° Otro elemento que debe tomarse en cuenta para seguir esta vía procedimental, desde el principio constitucional de proporcionalidad, y que es un elemento implícito por la propia esencia del proceso inmediato, es la gravedad del hecho objeto de imputación desde la perspectiva de la conminación penal -en pureza, la pena esperada en atención a la culpabilidad por el hecho y por la culpabilidad del autor-. A mayor gravedad del hecho, más intensa será la necesidad de circunscribir o limitar la admisión y procedencia del proceso inmediato. Sus presupuestos y sus requisitos se analizarán con mayor rigor para justiciar, en clave de proporcionalidad, la exclusión del proceso común. La idoneidad y estricta proporcionalidad del proceso inmediato, que asegura una respuesta rápida al delito, pero con una flexibilización de las garantías de defensa procesal y tutela jurisdiccional, siempre debe estar en función a delitos que no sean especialmente graves. Basta una duda, mínima acerca del cumplimiento de estos presupuestos y requisitos para optar por el proceso común, cuya preferencia es obvia.

El respeto por estos subprincipios se reconoce en la medida en que se asume que los delitos especialmente graves demandan, en sí mismos, un mayor y más profundo nivel de esclarecimiento, y una actividad probatoria más intensa y completa -tanto en el ámbito de su configuración típica como en las exigencias de la medición de la pena (causales de disminución o incremento de punibilidad, circunstancias cualificadas o privilegiadas, circunstancias específicas, circunstancias genéricas y reglas de reducción punitiva por bonificación procesal)-. Basta que el delito sea especialmente grave y que, por las características específicas de su comisión concreta, requiera algún tipo de esclarecimiento acentuado respecto a una categoría del delito o a una circunstancia relevante para la medición de la pena -siempre, un *factum*-, para prescribir constitucionalmente la vía del proceso inmediato.

La determinación de lo que debe estimarse como "delito especialmente grave" no permite, por falta de una norma definidora, una respuesta o conclusión exacta o categórica. Es del caso, sin embargo, tener presente que bajo esta lógica, y a un mero nivel ejemplificativo, que el Código Penal -en adelante, CP- y las leyes penales complementarias, en atención al grado de afectación al bien jurídico y a su propia entidad o importancia, y en algunos supuestos fundados en una lógica de mayor gravedad del hecho e intervención delictiva, reprime ciertos delitos *(i)* con pena de cadena perpetua (sicariato: artículo 108-C, tercer párrafo, CP; secuestro: artículo 152, cuarto párrafo, CP; violación sexual de menor de edad seguida de muerte o lesión grave: artículo 173-A CP; robo con circunstancias especiales agravantes: artículo 189, tercero párrafo, CP; extorsión: artículo 200, noveno párrafo, CP); *(ii)* con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años (feminicidio: artículo 108-B, segundo párrafo, CP; trata de personas agravada: artículo 153- A, segundo párrafo, CP); o, *(iii)* con pena privativa de libertad no menor de quince años (ciertos supuestos de tráfico ilícito de drogas con agravantes: artículo 297, primer párrafo, CP).

11º La prevención es clara, aun cuando la ley procesal se centra no en la entidad del delito sino en las nociones de evidencia delictiva y de investigación sencilla –que es lo prima y se denomina "ámbito de aplicación"-. El juez ha de optar por un criterio seleccionador muy riguroso para aceptar la incoación de un proceso inmediato en relación con delitos que pueden traer aparejada una sanción especialmente grave, impropia desde una perspectiva político criminal para dictarse en un proceso rápido, en la medida en que puede demandar un esclarecimiento más intenso, alejado del concepto de "mínima actividad probatoria". En todo caso, sin perjuicio de la entidad del delito, pero con mayor cuidado cuando se está ante un delito especialmente grave, el eje rector es la evidencia delictiva, que debe abarcar todas las categorías del delito, las circunstancias respectivas y los factores de medición de la pena, al punto que solo requiera de un esclarecimiento adicional mínimo, sin graves dificultades desde la actividad probatoria de los sujetos procesales – investigación sencilla-.

12º El proceso inmediato consta, desde su propia regularidad interna, de dos fases procesales: 1. Audiencia única de incoación. 2. Audiencia única de juicio. Ambas informadas por el principio de aceleramiento procesal, en el que rige la máxima de que las audiencias son inaplazables y la vigencia

del principio de concentración procesal. Las dos se erigen en sus notas características.

Cabe destacar que la audiencia única de juicio, condicionada por la audiencia única de incoación, al definir con carácter previo la viabilidad del proceso inmediato en atención a los presupuestos y requisitos que lo configuran: evidencia delictiva y no complejidad procesal, a su vez, se subdivide en dos periodos procesales: *(i)* de definición de los presupuestos del juicio para dictar, si correspondiere, acumulativa y oralmente, los autos de enjuiciamiento y de citación ajuicio; y, *(ii)* de realización del juicio propiamente dicho.

Una especialidad en materia de prueba es que a las partes corresponde "[...] convocar a sus órganos de prueba, garantizando su presencia en la Audiencia, bajo apercibimiento de prescindirse de ellos" (artículo 448, apartado dos, NCPP). Esta carga procesal, desde luego, tiene sus límites razonables en la exigencia del deber de esclarecimiento que es propio res la meta— del proceso penal en el sistema euro continental. Los apercibimient05 ante la inconcurrencia de órganos de prueba (testigos y peritos debidamente individualizados y con domicilio cierto, lo que es de cargo de las partes) y su ejecución corresponden al órgano jurisdiccional, porque es quien tiene el *ius imperium*; las partes no pueden conducir coactivamente a los testigos y peritos. Si se acredita documentalmente que la parte concernida realizó adecuadamente la debida citación al órgano de prueba, corresponde al juez, de ser el caso, insistir en su concurrencia; con la excepción de personas que pertenezcan a la Administración Pública o de testigos especiales, para lo cual su citación y conducción corresponde, previa información cierta de la parte, al órgano jurisdiccional (artículos 164, 167, 168 y 169 NCPP).

Legitimidad constitucional del proceso inmediato reformado

15°. En la incoación del proceso inmediato por delitos de omisión de asistencia familiar y de conducción en estado de ebriedad o de drogadicción, según el apartado 4), del articulo 446 NCPP, como anteriormente se aclaró, pareciera que no hace falta que concurran los presupuestos y requisitos de evidencia delictiva y de ausencia de complejidad. Tal conclusión interpretativa, no obstante, no es de recibo en sus estrictos términos.

La justificación constitucional del proceso inmediato —su fundamento material— se basa, precisamente, en ambas nociones. Sin ellas, se vulnera

la garantía de defensa procesal y se restringe irrazonablemente la garantía de tutela jurisdiccional, pues se propendería a la emisión de sentencias con prueba inidónea y con un nivel de celeridad que conspiraría contra la regularidad y equidad del proceso jurisdiccional. El delito de omisión de asistencia familiar, por su propia configuración típica, exige la previa decisión de la justicia civil que se pronuncie acerca del derecho del alimentista y de la obligación legal del imputado, de la entidad del monto mensual de la pensión de alimentos y del objetivo incumplimiento del pago, previo apercibimiento, por el deudor alimentario. Es claro que tales elementos no son los únicos para fundar el juicio de culpabilidad ni necesariamente determinan la imposición de una sentencia condenatoria —la posibilidad de actuar es esencial, pues lo que se pena no es el "no poder cumplir-", sino el "no querer cumplir" (STSE 1148/1999, de 28 de julio); es la consecuencia de la cláusula general de salvaguarda propia de los comportamientos omisivos, según la cual solo comete un delito de dicha estructura quien omite la conducta debida pudiendo hacerlo *[PRATS CANUT, JOSE MIGUEL. Comentarios, Obra citada, p. 459]*- pero son suficientes —vista la corrección del juicio civil, y siempre que sea así— para estimar en clave de evidencia delictiva — y en principio—, la admisión y procedencia del proceso inmediato, que no lo es necesariamente para la condena.

El delito de conducción en estado de ebriedad o drogadicción, siempre que importe la intervención policial del imputado conduciendo un vehículo motorizado en ese estado, con la prueba pericial respectiva adentro de los marcos y con estricto respeto del articulo 213 NCPP—, constituye un claro supuesto de "evidencia delictiva". Es indiscutible que la regularidad de la prueba, antes de la intervención policial debe estar consolidada. Deben agregarse al requerimiento de incoación del proceso inmediato las actas y pericias que exige el citado artículo 213 NCPP.

16º. De otro lado, el apartado uno, del artículo 446 NCPP, establece la obligatoriedad por parte del Ministerio Público de la interposición de la solicitud de incoación del proceso inmediato, claro está -así debe entenderse— cuando se presentan los presupuestos materiales de evidencia delictiva y de no complejidad. Pero, tal exigencia u obligatoriedad, ¿vulnera alguna garantía o principio procesal o procedimental? ¿Cómo entender, en su caso, esa obligatoriedad?

Esa norma, ineludiblemente, debe concordarse con el apartado uno, del artículo 447 NCPP, y el párrafo final de dicho artículo, que son —como ya se anotó— condiciones de legitimidad constitucional del proceso inmediato. No debe variar el análisis la expresión "bajo responsabilidad", que preside el artículo 446.1 NCPP, pues en modo alguno altera el sentido de la norma procesal. Siendo así:

A. El supuesto de delito flagrante, en tanto el imputado esté efectivamente detenido, determina la solicitud de incoación del procedimiento inmediato luego de vencido el plazo de 24 horas o 15 días, según sea el caso —delito común o exceptuado—, en cuanto no haga falta la solicitud de detención preliminar incomunicada y de detención convalidada (artículos 265 y 266 NCPP), y siempre que no se presenten las circunstancias indicadas en el noveno fundamento jurídico.

B. Es claro que si se trata de un delito menor es susceptible de aplicar el artículo 2 NCPP, modificado por la Ley número 30076, del 19-8-2013, donde el fiscal puede optar por el principio de oportunidad. El hecho de que el apartado cuatro, numeral b), del articulo 447 NCPP permite que se inste el principio de oportunidad en el curso de la audiencia única de incoación del procedimiento inmediato, en modo alguno importa la inaplicación o abrogación del principio de oportunidad en sede preliminar a la inculpación formal —Disposición Fiscal de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria—. El fiscal tiene la potestad de examinar, antes de inculpar formalmente a una persona, si es posible la aplicación de algún criterio de oportunidad y, en consecuencia, decidir bajo su propia autoridad. Distinto es el caso de la denominada "oportunidad tardía", que presupone inculpación formal y autoriza la intervención del juez en la decisión, conforme con lo dispuesto por el artículo 2.7 NCPP.

C. Si se cumplen acabadamente las notas materiales o sustantivas y adjetivas de la flagrancia delictiva, así como el requisito de simplicidad procesal, y no sean aplicables, en los términos ya expresados, los artículos 2, 265 y 266 NCPP, se hace efectiva la obligatoriedad del fiscal para solicitar la incoación del procedimiento inmediato. Aquí no se impone una actuación irrazonable al Ministerio Público, sino que se exige el Cumplimiento de la ley que sujeta su aplicación a que se

satisfagan determinados presupuestos y requisitos. La responsabilidad se entenderá cuando sea manifiesto que se debe proceder a la solicitud de incoación del proceso inmediato y, pese a ello, no se insta sin fundamento razonable alguno.

D. La flagrancia delictiva, como se sabe, no es el único pre5upuesto material de la evidencia delictiva. También se encuentran los presupuestos de confesión y de delito evidente. En estos últimos, el párrafo final, del articulo 447 NCPP dispone que el requerimiento de incoación del procedimiento inmediato se presenta luego de culminar la subfase de diligencias preliminares (artículo 330 NCPP) —claro está, si se dan los requisitos para su instauración? o, en su defecto, antes de los treinta días de formalizada la investigación preparatoria. Las diligencias de averiguación fiscal, como paso inevitable al requerimiento de procedimiento inmediato, desde luego, tendrán lugar cuando a final de cuentas se superen los defectos de la intervención en flagrancia, se presente con toda claridad una confesión corroborada o se consolide y/o superen omisiones o defectos en actos de investigación, que dan lugar a un delito evidente; a consecuencia de lo cual no se requiere de nuevos o distintos actos de investigación, siempre que ello no importe una restricción irrazonable del derecho de probar de las copartes o de las contrapartes.

17°. La opción que se asume es que la norma en debate puede salvar su constitucionalidad si se la interpreta en la forma prevista en el parágrafo precedente. Es inadmisible obligar, sin más, al Ministerio Público a una actuación irrazonable por la incoación de un proceso reformado si no se presentan sus presupuestos materiales, que la propia Ley Procesal Penal desarrolla. También es intolerable que se prescriba la responsabilidad —obviamente funcional, nunca penal— del fiscal si no solicita la incoación del proceso inmediato, pues éste tiene desde la ley —y así debe reconocérsele—, precisamente varias Opciones posibles, sujetas desde luego a una valoración de las circunstancias fácticas y jurídicas que en cada caso se presenta. Las conminaciones disciplinarias y las determinaciones de actuación sin tomar en cuenta las circunstancias del caso son constitucionalmente desproporcionadas que afectan la autonomía del Ministerio Público como órgano constitucional y la libertad de actuación, dentro de la ley, de los fiscales.

Sin embargo, como es posible, en clave sistemática y de coherencia y respeto de los principios y garantías de la Constitución, optar por una interpretación de las normas ordinarias acorde con esas previsiones institucionales, cabe concluir que si la norma en cuestión se interpreta tal como se plantea en este Acuerdo Plenario será viable excluir su inaplicación por inconstitucional. El control constitucional, como se sabe, es de última ratio, y por consiguiente, es excepcional; el control difuso, en todo caso, se circunscribe a la real existencia de un problema concreto entre las partes, y la declaración de inaplicabilidad de la norma cuestionada solo procede para resolver cuestiones litigiosas respecto de las cuales existe incompatibilidad manifiesta, no simples interpretaciones entre la norma legal y una constitucional *[RUBIO CORREA, MARCIAL. El Estado Peruano según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima: Fondo editorial PUCP, 2006, pp. 100-101. SSTCC N.º 145— 99— AA-TC, del ocho de setiembre de 1999, y Nº 5-96-I-TC, de diecinueve de (??) de 1996]*.

Algunos aspectos del trámite del proceso inmediato reformado

18º. Oportunidad procesal de la incoación del proceso inmediato.

El articulo 447 NCPP estipula dos momentos procesales para la solicitud de incoación del proceso inmediato. El primer momento está circunscripto al delito flagrante —artículo 446, literal a) del apartado 1, NCPP— y siempre que el imputado se encuentra sujeto materialmente a una detención efectiva —artículo 447, numeral 1), NCPP—, supuesto en el que el Fiscal lo hará, si correspondiere claro está, a su término o vencimiento. El segundo momento está referido al delito confeso y al delito evidente —artículo 446, literales b) y c) del apartado 1, NCPP—, supuestos en los cuales el fiscal presentará el requerimiento de incoación de este proceso, *"...luego de culminar las diligencias preliminares o, en su defecto, antes de los treinta días de formalizada la investigación preparatoria..."*.

El proceso inmediato por delito flagrante requiere que el imputado esté detenido y que no se necesite realizar, luego de las veinticuatro horas de detención, algún acto de investigación adicional o de confirmación ineludible. En tal caso, el fiscal inmediatamente debe formular el requerimiento y el juez debe realizar la audiencia única de incoación del proceso inmediato dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a dicho requerimiento. Es importante, a los efectos de garantizar el derecho

de defensa —plazo razonable para que el imputado prepare su defensa: artículo IX, apartado 1), del Título Preliminar NCPP— que ese plazo debe computarse, necesariamente, desde que el citado imputado es notificado efectivamente con el auto de citación a la referida audiencia. El imputado debe ser notificado del auto en referencia y del propio requerimiento fiscal; 5010 a partir de ese momento puede empezar a correr el plazo respectivo. Al amparo de la norma citada, y en especial del artículo 8º, apartado dos, literal c), de la Convención Americana de Derechos Humanos, que exige que el imputado tenga un tiempo razonable para preparar su defensa, es posible que el juez, en atención a la entidad del delito atribuido y a las exigencias de la causa —para remover los obstáculos que impiden una defensa efectiva—, haga uso de la potestad de fijar un plazo judicial, distinto, pero siempre breve, para la realización de esa audiencia.

19º. Si no se presenta el caso de delito flagrante, tal como se ha dejado estipulado precedentemente, es absolutamente viable, si se cumplen los supuestos de delito confeso o de delito evidente —en tanto en cuanto la meta de esclarecimiento no presente complejidad, no requiera de indagaciones dificultosas y los actos de investigación sean concluyentes o incontrovertibles—, que el fiscal inste el proceso inmediato dentro del plazo estipulado en el párrafo final del artículo 447º NCPP.

En este último caso —literales b) y c) del apartado 1 del artículo 446º NCPP— los plazos se extienden —se trata de los plazos para señalar fecha para la audiencia única de incoación del proceso—. Como el principio de aceleramiento procesal es una de las notas características del proceso inmediato, la audiencia única de incoación del proceso inmediato debe señalarse inmediatamente de presentado el requerimiento fiscal, notificarse a más tardar al día siguiente hábil y realizarse dentro de un plazo breve, siempre mayor de las cuarenta y ocho días siguientes a la presentación del requerimiento fiscal —que es el plazo para el delito flagrante— y no mayor de cinco días a la recepción por el Juzgado del citado requerimiento fiscal —que es la mitad del plazo fijado para el juicio oral (artículo 355º.l, NCPP)— o, según los casos vinculados a la causa en concreto, otro plazo judicial, siempre menor a la norma antes mencionada.

Se entiende, en todos los casos, que el requerimiento fiscal debe indicar los domicilios procesales de quienes se hubieran personado en la causa, a los efectos de las notificaciones correspondientes.

20°. El apartado uno del artículo 448° NCPP estipula que el Juez penal es el competente funcional para realizar la audiencia única de juicio inmediato. Una vez que recibe el expediente por el Juez de la investigación preparatoria, debe realizar la audiencia en un plazo que *"...no debe exceder los setenta y dos horas desde su recepción, bajo responsabilidad funcional"*.

Es de tener presente, sin embargo, que se trata de otro Juez, al que se le remite la causa. Por consiguiente, es de rigor asumir, primero, que debe dictar el auto de citación para la audiencia única de juicio inmediato; segundo, que la primera cuestión a dilucidar es la validez de la acusación —si cumple los presupuestos y requisitos procesales respectivos—, la admisión de pruebas, y las demás cuestiones previstas en el artículo 350°.1 NCPP; y, tercero, que el segundo periodo de la audiencia es, propiamente, la realización puntual del debate oral —ejecución de las pruebas y alegatos—.

En este sentido el plazo de setenta y dos horas debe computarse a partir de la emisión y notificación del auto de citación dictado por el Juez Penal. Es claro que el auto debe emitirse inmediatamente de recibida la causa y notificarse en el día o, a más tardar, al día siguiente; y, es a partir de la notificación que empieza a correr las setenta y dos horas. Entender ese cómputo de otra forma vulnera la garantía de defensa en juicio pues el imputado tendría un tiempo irrazonablemente reducido para preparar su defensa. Rige, en todo caso, lo dispuesto en la última parte del párrafo final del fundamento jurídico décimo octavo.

21°. **El proceso inmediato y el ejercicio del derecho de defensa** Dictado el auto de incoación del proceso inmediato —que es oral y se profiere en la misma audiencia (artículo 447, apartado 4, NCPP) y, por ende, debe figurar cumplidamente en el acta, sin perjuicio de su registro audiovisual o por un medio técnico (artículos 120 y 361, en lo pertinente, NCPP) —, en virtud de los principios de concentración y de aceleramiento procesales, corresponde al fiscal que, dentro del plazo de veinticuatro horas, emita la acusación escrita correspondiente, hecho lo cual el juez de la Investigación Preparatoria remitirá las actuaciones al juez Penal competente.

En cuanto a la audiencia de juicio inmediato, el primer periodo del enjuiciamiento consiste en la delimitación de los hechos y de las pruebas, así como en la dilucidación de todas las articulaciones tendentes a garantizar un enjuiciamiento concentrado en la cuestión de la culpabilidad y, de ser el caso, de la sanción penal, consecuencias accesorias y reparación civil

—decidir y superar todos aquellos presupuestos procesales o cuestiones procesales que impidan la celebración y definición del enjuiciamiento—. Este periodo culmina con la emisión acumulada de los autos de enjuiciamiento y de citación ajuicio.

El segundo periodo del enjuiciamiento consiste, propiamente, en la celebración del juicio. Se aplican las reglas del proceso común, con la condición de que esas reglas deben ser: "[...] compatibles con la naturaleza célere del proceso inmediato", lo cual significa que las actuaciones probatorias e incidencia deben llevarse a cabo y dilucidarse en el menor tiempo posible y concentradamente. La regla general es la prevista en los artículos 356.2 y 360.2 NCPP: el debate se realiza en un solo día y las sesiones sucesivas, sin perjuicio de las causas de suspensión —lógica excepcional—, se realizarán al día siguiente o subsiguiente (aunque la primera opción es la idónea para el juicio inmediato).

Ahora bien, si se tiene en cuenta que las lógicas de evidencia delictiva y de simplicidad procesal, condicionantes del proceso inmediato, desde ya han determinado una causa en que las exigencias de esclarecimiento ulterior son mínimas, cabe entender que las solicitudes probatorias del imputado han de tener ese carácter de pruebas indispensables para enervar la prueba de cargo de la Fiscalía, también limitada a las lógicas de evidencia delictiva, de las que partió su requerimiento de incoación del proceso inmediato. En todo caso, conforme con las prevenciones de los artículos 155.2, 352.5,b) y 373.1 y 2 NCPP, se admitirán, según los casos, los medios de prueba que sean pertinentes, conducentes, útiles, necesarios, de posible actuación y no sobreabundantes.

No existe, en este supuesto, limitación irrazonable al derecho de postulación probatoria.

22º. El proceso inmediato se sustenta en la existencia de evidencia delictiva. El debate probatorio, por consiguiente, será muy acotado; referido, primero, a la acreditación de tal evidencia delictiva; y, segundo, a la verificación de la regularidad, fiabilidad, corroboración y suficiencia de la prueba de cargo. La defensa, como es obvio, podrá cuestionar y, en su caso, desacreditar la prueba de cargo y su suficiencia, así como presentar contraprueba.

Es posible que, por razones que escapan al control de las partes y del órgano jurisdiccional, se produzca un problema sensible o insuperable en la incorporación de determinada prueba o pruebas, esenciales para

la decisión de la causa. La opción que tiene el juez, incluso ya incoado el proceso inmediato e iniciado la audiencia única de enjuiciamiento inmediato, será —previo debate contradictorio— dictar el auto de transformación del proceso inmediato en proceso común, muy similar a lo que sucede en el caso del proceso especial de seguridad (artículo 458º.1 NCPP). Supletoriamente, en caso de audiencia en curso el Juez penal aplicará la norma antes indicada, a fin de reiniciarse, desde el principio, el juicio oral con las reglas del proceso común, respetando la eficacia procesal de los actos de prueba ya actuados. En los otros supuestos el Juez de la investigación preparatoria o el Juez penal, según el caso, aplicará el apartado siete del artículo 447º NCPP.

23º. Audiencia de Incoación del proceso inmediato y solicitudes concurrentes

El artículo 447.2 y 3 NCPP estipula que en la audiencia de incoación del proceso inmediato puede plantearse la imposición de una medida de coerción a instancia del fiscal y la aplicación del principio de oportunidad —incluye el acuerdo reparatorio— o del proceso de terminación anticipada. Algunos puntos problemáticos pueden advertirse:

A. El apartado 4) de dicha disposición legal dispone que el juez de la Investigación Preparatoria resuelve, mediante resolución oral, esas solicitudes en el siguiente orden: **1**. Procedencia de la medida de coerción. **2**. Procedencia, indistinto y, según el caso, del principio de oportunidad, del acuerdo reparatorio o del proceso de terminación anticipada. **3**. Procedencia de la incoación del proceso inmediato. Si [a ley tija un orden para resolver los puntos planteados es inexcusable que ese orden tiene que respetarse, aunque la nulidad procesal solo se originará cuando se vulnere irrazonablemente la regularidad del procedimiento en sus lógicas esenciales y se genere un supuesto de indefensión materia].

B. Por otro lado, es claro que si se admite y estima alguna de las solicitudes del punto segundo ya no será necesario pronunciarse respecto a la incoación del proceso inmediato, pues estas tienden a resolver la causa bajo modalidades propias, en las que el principio del consenso tiene primacía. De desestimarse alguna de las tres alternativas del punto segundo, el juez de la Investigación Preparatoria decidirá si cabe instaurar el procedimiento inmediato.

C. La petición de una medida de coerción: sea prisión preventiva u otra alternativa, no descarta o modifica la pretensión sobre el tema u objeto principal. El imputado puede ser excarcelado en sus diversas modalidades o declarado preso preventivo —el plazo de privación procesal de la libertad personal no está en función a si la causa puede resolverse a través del procedimiento inmediato, que es un hecho Futuro respecto del cual el juez, en este paso procesal, no puede valorar, sino a las necesidades del proceso jurisdiccional, a las características del imputado y a la gravedad y complejidad del hecho delictivo atribuido, siempre en una perspectiva de aseguramiento procesal con pleno respeto del principio de proporcionalidad y de la garantía de presunción de inocencia entendida normativamente (artículo 253.2 y 3, NCPP)—, lo que en modo alguno altera la necesidad de decisión acerca la incoación del proceso de terminación anticipada o del proceso inmediato.

D. El efecto procesal de la desestimación del proceso inmediato es que la causa se reconduzca al proceso común. El fiscal a cargo del caso, en vía de complementación —ya se han realizado actuaciones previas por la Policía y puede que por la propia Fiscalía—, dictará la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria o, de ser el caso —cuando ya se hubiera emitido tal disposición, continuará con las actuaciones de investigación. En todo caso, la medida de coerción dictada no se modifica de pleno derecho y su reforma requiere de una petición de parte. El apartado 7) del artículo 447 NCPP debe interpretarse en este sentido. Cabe aclarar que si bien el artículo 338.4 NCPP indica que el fiscal, para la imposición de medidas coercitivas, está obligado a formalizar la investigación, ello se entiende en los marcos comunes de la investigación preparatoria; pero en el caso del artículo 447.2 NCPP, propio del proceso inmediato, tal exigencia, por razones obvias, no se ha positivizado; el apartado uno solo impone al fiscal, como presupuesto procesal para requerir la incoación del proceso inmediato, el vencimiento del plazo de detención, y en el otro apartado, inmediatamente, lo autoriza a requerir, si correspondiera, la prisión preventiva en el curso de la audiencia única de incoación del proceso inmediato.

24°. Apelación y proceso inmediato

El proceso inmediato reformado solo prevé expresamente el recurso de apelación contra el auto que resuelve el requerimiento de proceso inmediato, en cuyo caso se tratará de una apelación con efecto devolutivo (artículo 447.5 NCPP). Es obvio que un recurso de apelación, por su carácter jerárquico, siempre tiene efecto devolutivo —es de conocimiento de un órgano jurisdiccional superior en la estructura orgánica del Poder Judicial. Lo determinante es si tiene efecto suspensivo. La norma general es el artículo 418.1 NCPP. La apelación, en estos casos, de un auto no equivalente —que no pone fin al procedimiento penal (no clausura la persecución penal), sea que acepte o rechace la incoación del proceso inmediato—, no tiene efecto suspensivo.

Las demás apelaciones contra resoluciones interlocutorias —en orden al principio de oportunidad, proceso anticipado y medidas coercitivas—, igualmente no tienen efectos suspensivos. En el caso de la apelación del auto de prisión preventiva, rige el artículo 278.1 NCPP. La apelación, en este caso, es igualmente devolutiva y no suspensiva. Si se dispone la libertad del imputado no podrá tener efecto suspensivo (artículo 412.2 NCPP).

Una situación que puede presentarse cuando se dicta mandato de prisión preventiva y el imputado impugna el auto antes del vencimiento del plazo de tres días, es que la causa ya se encuentre ante el juez Penal. Como debe propenderse a la efectividad del derecho al recurso legalmente previsto —que integra la garantía de tutela jurisdiccional—, tal situación no impide que el juez Penal se pronuncie por la admisión o inadmisión de dicho recurso y, en su caso, eleve copia certificada de los actuados a la Sala Penal Superior. Negar esa posibilidad, a partir de una concepción formalista, en el sentido de que quien debe pronunciarse acerca del recurso es el juez de la Investigación Preparatoria, sería restringir irrazonablemente el derecho de tutela jurisdiccional o, en Su caso, propender a una dilación indebida de la causa con el objetivo de que el último juez sea quien califique la impugnación. Recuérdese que quien absuelve el grado es el Tribunal Superior, no el juez Penal.

Por último, la Sección Primera del Libro Quinto del NCPP no fijó un procedimiento específico, acelerado, de apelación. En consecuencia, rige el conjunto de las normas generales sobre la materia que tiene establecidas en el Libro Cuarto del NCPP.

281

§281. Acusación directa y proceso inmediato

Acuerdo Plenario	6-2010/CJ-116
Fecha	16 de noviembre del 2010
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	Neyra Flores.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Barandiarán Dempwolf, Calderón Castillo y Santa María Morillo.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 336°.4, 446°, 447° y 448° del NCPP.
Fundamentos Jurídico Vinculantes	8° al 23°

RESUMEN:

*La **acusación directa** es un **mecanismo del proceso común que busca acelerar el proceso penal y en virtud del cual el Fiscal se encuentra facultado de formular acusación directamente si considera que los elementos obtenidos en la investigación establecen suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión**, una vez concluidas las Diligencias Preliminares o recibido el Informe Policial. En este sentido, el requerimiento acusatorio cumple las funciones de la disposición de la formalización de la investigación preparatoria en la etapa de investigación (individualiza al imputado, satisface el principio de imputación necesaria, establece la suficiencia probatoria señalando los elementos de convicción, determina la cuantía de la pena y fija la reparación civil, así como ofrece los medios de prueba para su actuación en la audiencia)*

*El **proceso inmediato**, por su parte, es un **proceso penal especial que busca la simplificación procesal basada en criterios de racionalidad y eficiencia, sobre todo en los casos en que sean innecesarios mayores actos de investigación***

(flagrante delito, confesión, o cuando los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares, previo interrogatorio del imputado, sean evidentes). El requerimiento de proceso inmediato se presentará luego de culminadas las diligencias preliminares, o en su defecto, hasta antes de transcurrido 30 días de la formalización de la investigación preparatoria. La solicitud del Fiscal está sujeta a la decisión jurisdiccional. Al ser diferente al proceso común y no contar con etapa intermedia, en el procedo inmediato será el Juez de Investigación Preparatoria quien controle el requerimiento del fiscal para la incoación del proceso inmediato, y el Juez del Juicio Oral quien controle la acusación y evaluará la admisión de los medios probatorios que podrán presentar los demás sujetos procesales de constitución en parte procesal, así como otros requerimientos. Ello no afecta el principio de imparcialidad.

FUNDAMENTOS:

"Aspectos generales:

6°. La acusación directa forma parte del proceso común y es un mecanismo de aceleración del proceso que busca evitar trámites innecesarios. Se encuentra regulada en el artículo 336°.4 NCPP y faculta al Fiscal formular directamente acusación, si concluidas las Diligencias Preliminares o recibido el Informe Policial considera que los elementos obtenidos en la investigación establecen suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión. Esta facultad procesal se funda en la necesidad de generar respuestas rápidas al conflicto penal, la economía procesal y la eficiencia del nuevo proceso penal.

7°. El proceso inmediato es un proceso penal especial y además una forma de simplificación procesal que se fundamenta en la facultad del Estado de organizar la respuesta del sistema penal con criterios de racionalidad y eficiencia sobre todo en aquellos casos en los que, por sus propias características, son innecesarios mayores actos de investigación. Su regulación, en sus aspectos esenciales, se encuentra desarrollada en el Libro V, Sección I, artículos 446°/448° NCPP correspondiente a los procesos especiales. Por tanto, siguiendo la línea fijada en el Acuerdo Plenario N° 05–2009/CJ–116, la regla hermenéutica que es del caso utilizar será aquella que establece la aplicación supletoria del proceso común u ordinario siempre que exista un vacío normativo, en tanto en cuanto la norma objeto de integración jurídica no vulnere los principios que sustentan el proceso inmediato o las disposiciones y su estructura

procesal [Acuerdo Plenario 05-2009 CJ-116 de la Corte Suprema de la República, del 13 de noviembre de 2009, Fundamento Jurídico 6].

Alcances de la acusación directa conforme al artículo 336°.4 NCPP y diferencias con el proceso inmediato regulado en el artículo 446° y ss NCPP:

8°. La acusación directa como parte del proceso común faculta al Ministerio Público acusar directamente, siempre que estén presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad y se cumplan los supuestos de aplicación contemplados en el artículo 336°.4 NCPP. En el presente caso, el Fiscal decide pasar directamente a la etapa intermedia prescindiendo de la etapa de investigación formal. La acusación directa formulada por el Ministerio Público deberá cumplir con los presupuestos contemplados en el artículo 349° NCPP, y previo traslado del requerimiento a las partes, el Juez de la Investigación Preparatoria ejercerá el correspondiente control de acusación pudiendo desestimar el pedido Fiscal cuando concurra alguna de las causales de sobreseimiento, previstas en el artículo 348° NCPP.

9°. El proceso inmediato es un proceso especial distinto del proceso común. Sus supuestos de aplicación se encuentran suficientemente desarrollados en el artículo 446° NCPP. El Fiscal podrá solicitar la aplicación del proceso inmediato al Juez de la Investigación Preparatoria. El requerimiento de proceso inmediato se presentará luego de culminadas las diligencias preliminares, o en su defecto, hasta antes de transcurrido 30 días de la formalización de la investigación preparatoria. La solicitud del Fiscal está sujeta a la decisión jurisdiccional, pues la exigencia de su aplicación está condicionada a los presupuestos contemplados por el artículo 446°.1 NCPP. Asimismo, el requerimiento de incoación de proceso inmediato deberá ser notificado a las demás partes procesales, quienes podrán pronunciarse sobre su procedencia.

En el caso que el Juez admita el requerimiento emitirá un auto que dispone la procedencia de este proceso especial, luego de lo cual el Fiscal formulará acusación y lo remitirá al Juez competente para que dicte acumulativamente el auto de enjuiciamiento y de citación a juicio. Al ser el proceso inmediato distinto al proceso común y no haber etapa intermedia, será el Juez del Juicio Oral quien controle la acusación y evaluará la admisión de los medios probatorios que podrán presentar los

demás sujetos procesales de constitución en parte procesal, así como otros requerimientos.

En el caso que no concurran los supuestos taxativos de aplicación del proceso inmediato, el Juez de la Investigación Preparatoria podrá desestimar la solicitud del Fiscal. La decisión que desestima el pedido podrá ser apelada.

La acusación directa y la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria:

10°. La Disposición de formalización de la investigación preparatoria es la comunicación formal que el Fiscal dirige al imputado para efectos de hacer de su conocimiento la imputación clara y precisa de los hechos que se le atribuyen, la correspondiente calificación jurídica específica y, por ende, que se va realizar una investigación formalizada en su contra, posibilitándole, a través de su abogado defensor, aportar los medios de investigación y de prueba que estime pertinentes.

Asimismo, este acto fiscal fija las diligencias que se actuarán en la etapa de investigación preparatoria propiamente dicha. Es decir, que si el Ministerio Público considera que las diligencias actuadas preliminarmente establecen la suficiencia fáctica y probatoria del hecho y la vinculación del imputado al mismo, dispondrá la formalización de la Investigación Preparatoria estableciendo las diligencias que de inmediato deban actuarse.

11°. En el caso de que el Fiscal ha decidido no continuar con las diligencias de investigación y acusar directamente -como una de sus facultades como director de la investigación- el imputado solo solicitaría la realización de elementos de convicción durante las diligencias preliminares porque no se produciría la etapa de Investigación Preparatoria por ser innecesaria, ni tampoco una formalización de la Investigación Preparatoria en este sentido.

Además, el artículo 336°.4 NCPP estipula que la acusación directa podrá formularse por el Fiscal, si concluida las Diligencias Preliminares o recibido el Informe Policial considera que los elementos obtenidos en la investigación establecen suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión. Acusación directa, cuyos requisitos están previstos en el artículo 349° NCPP, que cuenta con los mismos elementos de la formalización de la Investigación Preparatoria

prevista en el artículo 336°.1 NCPP, por lo que se garantiza el conocimiento cierto de los cargos y la probabilidad de contradicción.

Funciones del requerimiento acusatorio en la acusación directa:

12°. Conforme a lo expuesto el requerimiento acusatorio, en el procedimiento de acusación directa, cumple las funciones de la disposición de la formalización de la investigación preparatoria en la etapa de investigación. Es decir: (*i*) individualiza al imputado y señala los datos que sirven para identificarlo; (*ii*) satisface el principio de imputación necesaria describiendo de forma clara y precisa el hecho que se le atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores, y la correspondiente tipificación; (*iii*) establece la suficiencia probatoria señalando los elementos de convicción que fundamentan el requerimiento acusatorio; (*iv*) determina la cuantía de la pena que se solicita y fija la reparación civil cuando no hay actor civil; y (*v*) ofrece los medios de prueba para su actuación en la audiencia.

13°. El derecho de defensa de las partes procesales queda salvaguardado con la notificación del requerimiento de acusación para que en el plazo de 10 días puedan pronunciarse sobre el pedido fiscal.

Respecto al imputado, se le posibilita, en virtud del artículo 350°.1 NCPP observar la acusación fiscal formal y sustancialmente y, de ser el caso, ofrecer las pruebas que considere se deben producir en el juzgamiento.

En el caso de que la víctima no haya podido constituirse en actor civil podrá solicitarla al Juez de la Investigación Preparatoria conforme al artículo 100° NCPP y antes de que concluya el plazo establecido en el artículo 350° NCPP, en virtud de lo señalado por la citada normativa en el apartado 1, literal h), conforme al cual los sujetos procesales podrán plantear en el plazo de 10 días cualquier otra cuestión que prepare mejor el juicio; asimismo, objetar la reparación civil, o reclamar su incremento o extensión, para lo cual ha de ofrecer los medios de prueba pertinentes para su actuación en el juicio oral.

14°. El Fiscal en el requerimiento de acusación, de conformidad con el artículo 349°.4 NCPP, indicará entre otros aspectos las medidas de coerción subsistentes dictadas durante la Investigación Preparatoria; y, en su caso, podrá solicitar su variación o que se dicten otras según corresponda. En caso que el Fiscal no solicite una medida coercitiva, será de aplicación lo

dispuesto por el artículo 286° NCPP, la medida que prevé de comparecencia simple.

Excepcionalmente, y solo por razones de urgencia y necesidad de asegurar la presencia del imputado en el proceso, el Fiscal podrá requerir medida de coerción personal proporcional al peligro procesal en una audiencia autónoma a la de la etapa intermedia de control de la acusación directa, según las reglas correspondientes a tal requerimiento.

El proceso inmediato y la formalización de la investigación preparatoria:

15°. Estando a lo dispuesto por el artículo 447°.1 NCPP, el Fiscal tiene la posibilidad de requerir la incoación del proceso inmediato en dos momentos: **(i)** luego de culminar las diligencias preliminares y **(ii)** antes de los treinta días de formalizada la Investigación Preparatoria. En base al primer supuesto, se estará ante un Proceso Inmediato incoado sin formalización de la Investigación Preparatoria; de ahí que resulta necesario que el requerimiento de incoación de este proceso incorpore los mismos elementos que una disposición de formalización de Investigación Preparatoria y supuestos de aplicación que se producen.

En cambio, en virtud del último supuesto, se tiene que en el Proceso Inmediato, sí existe la obligación de formalizar la Investigación Preparatoria con las implicancias que ello tiene, es decir, que se notifique de esta disposición al imputado a fin que conozca la imputación hecha en su contra y pueda preparar su estrategia de defensa, o de ser el caso interponer los medios de defensa técnicos que considere pertinentes.

El proceso inmediato y la etapa intermedia:

16°. Dentro de la estructura del proceso común, una de las funciones más importantes que debe cumplir la etapa intermedia es controlar los resultados de la investigación preparatoria, para lo cual se ha de examinar el mérito de la acusación fiscal y los recaudos de la causa con el fin de decidir si procede o no iniciar el juicio oral. Es decir, el Juez de la investigación preparatoria como director de la etapa intermedia realiza un control tanto formal, sustancial y sobre la suficiencia de los elementos de convicción de la acusación.

17°. En el proceso inmediato, al ser uno especial que se particulariza en razón de sus supuestos de aplicación: flagrancia delictiva; confesión del imputado;

y que los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares, y previo interrogatorio del imputado, sean evidentes, no existe etapa intermedia.

18°. No obstante ello, la autoridad judicial ha de realizar en este proceso dos controles. Son los siguientes:

A. De acuerdo con el artículo 448°.1 NCPP el Juez de Investigación Preparatoria, realiza un primer control antes de dar inicio al proceso inmediato. Es el control al requerimiento del fiscal para la incoación del proceso inmediato.

Este primer control permite al Juez de la Investigación Preparatoria determinar si procede o no dar inicio a un proceso inmediato, para lo cual es preciso que dicha autoridad judicial verifique el cumplimiento de los supuestos de aplicación de este proceso.

Asimismo, en armonía con el artículo 448°.1 NCPP, el Juez de la Investigación Preparatoria corre traslado a las partes de dicho requerimiento por un plazo de tres días y debe decidir, en un plazo igual, si acepta o rechaza el requerimiento fiscal.

Sobre este punto cabe destacar que, en el marco de los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad, así como para evitar la indefensión, que inspiran el nuevo Código Procesal Penal, puede ser factible, atento a las circunstancias de la causa, establecer una audiencia para el Proceso Inmediato, que se seguirá conforme a las pautas establecidas de manera genérica por el artículo 8° NCPP. Por tanto, para que el Juez de la Investigación Preparatoria resuelva la procedencia o no de este proceso especial, si fuera el caso -aunque no obligatoriamente-, podrá producirse un debate con la concurrencia del Fiscal, quien argumentará oralmente por qué eligió y considera la aplicación de este proceso especial, así como con la presencia del imputado y su abogado defensor, los cuales podrán contradecir este requerimiento Fiscal y el Juez hará las preguntas aclaratorias expidiendo la resolución motivada que corresponda.

Asimismo el Fiscal, de ser el caso, solicitará la aplicación de las medidas de coerción que considere pertinentes, de manera simultánea y separada del requerimiento de incoación del proceso inmediato, requerimiento que será discutido en audiencia, siguiendo las

consideraciones del Título I, Sección Tres, del citado Código, según corresponda.

B. El segundo control a cargo de la autoridad judicial, es el de la acusación fiscal, para ello es preciso referir que en virtud del artículo 349° NCPP tal requerimiento debe cumplir determinados requisitos que condicionan su validez, y que corresponde controlar al juez de juicio oral, quien dictará el auto de enjuiciamiento en virtud del artículo 448°.2 NCPP.

Momento de aportación de medios probatorios en el Proceso Inmediato:

19°. Uno de los problemas que se suscitan en torno al proceso inmediato es que al no contar con fase intermedia, no se tiene un momento específico en el que el imputado y las demás partes realicen la aportación de medios probatorios, por lo que el acusado ingresaría en desventaja al juicio. Asimismo, que no hay oportunidad para que las partes procesales puedan constituirse como tales.

20° En un proceso común, en el que sí se lleva a cabo la etapa intermedia -donde las partes tienen la oportunidad de ofrecer cuanto medio de prueba consideren- cabe la posibilidad de permitir que las partes ofrezcan medios de pruebas al inicio del juicio oral, en virtud del artículo 373° NCPP, lo que se condiciona únicamente a determinados supuestos, tales como: ***i.*** Que la prueba sea nueva y que haya sido conocida con posterioridad a la audiencia de control. ***ii.*** Que la prueba no haya sido admitida a nivel de la audiencia de control en la etapa intermedia.

21°. De ello se tiene que en el proceso inmediato resulta válida la realización de este acto al inicio del juicio oral bajo la conducción del mismo juez de juzgamiento, quien ha de realizar un control de los medios de prueba ofrecidos para el Juicio Oral como por las demás partes que debe cumplir los principios de legalidad, pertinencia, utilidad y conducencia. Así, la actuación probatoria, eje central del juicio oral, será desarrollada respetando los principios de igualdad, legalidad y contradicción, que integran las garantías del debido proceso y defensa procesal.

22°. Estas consideraciones no afectan el principio de imparcialidad, que garantiza que el juez sea un tercero entre las partes, toda vez que la regla en base a la cual el ofrecimiento y admisión probatoria debe realizarse en la etapa intermedia no puede ser entendida como absoluta y menos aún en el contexto de un proceso especial que, como se tiene expuesto,

se rige por pautas propias. Por lo demás, queda garantizado el respectivo contradictorio a que se someterán las pruebas ofrecidas al poder ser actuadas en el juicio oral.

23°. Función que se realiza, siguiendo la misma lógica empleada para la aportación de los medios probatorios, al no existir investigación preparatoria, ni la etapa intermedia, los sujetos procesales tendrán, al inicio del juicio oral, oportunidad para solicitar su constitución en el proceso, y tanto en el rol previsto en el parágrafo 21 como en el presente, la mayor garantía de imparcialidad se comprobará con la resolución debidamente motivada que expedirá el juez penal al respecto."

282

§282. La terminación anticipada del proceso penal

Acuerdo Plenario	5-2009/CJ-116
Fecha	13 de noviembre del 2009
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponente	Neyra Flores.
Jueces Supremos	Gonzáles Campos, San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Valdez Roca, Barrientos Peña, Biaggi Gómez, Molina Ordoñez, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Barandiarán Dempwolf, Calderón Castillo y Zevallos Soto.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 161°, 468°.4, 468°.5, 468°.7 y 471° del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	7° al 21°

RESUMEN:

La terminación anticipada es un ***proceso penal especial autónomo*** *–y no una mera incidencia o proceso auxiliar-, que se sustenta en el principio del consenso y que se celebra después de expedida la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria y antes de que se formulase la acusación fiscal.*

En dicho proceso ***importa la aceptación de responsabilidad por parte del imputado respecto del hecho punible, lo que contribuirá a que reciba beneficios tales como una reducción de la pena en una sexta parte, acumulable al beneficio que se reciba por confesión****; siempre que su consentimiento sea* ***libre, voluntario, informado y auxiliado*** *por un abogado defensor. En base a ello es que el Juez deberá llevar a cabo los controles sobre la legalidad del acuerdo y la razonabilidad de la pena (que respete los ámbitos legales tanto en lo que corresponde a la pena básica como a la pena concreta).*

La sentencia anticipada aprobatoria del acuerdo puede ser apelada por los demás sujetos procesales. La desaprobación del acuerdo tiene como efecto la culminación del proceso de terminación anticipada y, además, causa un gravamen irreparable porque cancela la vía consensuada y evita la aplicación del beneficio premial.

FUNDAMENTOS:

"Naturaleza jurídica del proceso de terminación anticipada:

6°. La terminación anticipada es un proceso penal especial y, además, una forma de simplificación procesal, que se sustenta en el principio del consenso. Es, además, uno de los exponentes de la justicia penal negociada. Su regulación, en sus aspectos esenciales, está suficientemente desarrollada en el Libro V, Sección V, artículos 468°/471°, del Nuevo Código Procesal Penal –en adelante, NCPP-. Frente al proceso común del NCPP y el ordinario e incluso el sumario del antiguo sistema procesal penal, que sigue las pautas del antiguo Código de Procedimientos Penales –en adelante, ACPP-, se erige en un proceso penal autónomo, no es una mera incidencia o un proceso auxiliar dependiente de aquél.

Por tanto, la regla hermenéutica que es del caso utilizar será aquella que establece la aplicación supletoria del proceso común u ordinario siempre que exista un vacío normativo, en tanto en cuanto la norma objeto de integración jurídica no vulnere los principios que sustentan el proceso de terminación anticipada o las disposiciones y su estructura procesal.

El tratamiento legal del proceso de terminación anticipada en el NCPP:

7°. El proceso de terminación anticipada importa la aceptación de responsabilidad por parte del imputado respecto del hecho punible objeto del proceso penal y la posibilidad de negociación acerca de las circunstancias del hecho punible, la pena, la reparación civil y las consecuencias accesorias. Así fluye de lo dispuesto en el artículo 468°. 4 y 5 NCPP. Al haberse regulado para todo tipo de delitos –ámbito de aplicación general- y sometido sus reglas a una pauta unitaria, es obvio que, por razones de coherencia normativa y de primacía de la ley posterior que reemplaza un instituto legal determinado, las disposiciones del NCPP han venido a reemplazar a las disposiciones procesales penales especiales, tales como las Leyes número 26320 y 28008. Sin embargo, en el caso de los delitos aduaneros –Ley número 28008-, las normas de contenido relevantemente penal material y las reglas procesales específicas vinculadas a las primeras y

al modo cómo se han regulado estos delitos siguen rigiendo, tal es el caso de los literales c), d) y e), y los cinco párrafos finales del artículo 20°.

8°. El proceso de terminación anticipada atraviesa diversas etapas o fases, que va desde la calificación de la solicitud de terminación anticipada –sin que para ello o para la continuación del referido proceso corresponda realizar diligencia preliminar alguna o tomar una declaración al imputado- [fase inicial], hasta la realización de la audiencia respectiva [fase principal] y la consecuente emisión de la decisión resolutoria correspondiente: auto desaprobatorio del acuerdo o sentencia anticipad [fase decisoria]. Es claro, por lo demás, que audiencia preparatoria es privada, cuya justificación estriba en que es consecuencia del carácter de publicidad relativa de la investigación preparatoria y constituye, desde la perspectiva del imputado, uno de los efectos benéficos de este proceso especial, quien apunta a que su caso no se ventile públicamente.

Es condición de la realización de la citada audiencia que la solicitud de terminación anticipada pase el examen judicial de admisibilidad y procedencia. Además, el Juez ha de revisar si el imputado tiene debido conocimiento de los alcances y consecuencia del acuerdo al que puede llegar –es, precisamente, el segundo paso de la audiencia, inmediatamente después de la presentación de los cargos por la Fiscalía-. El consentimiento del imputado, visto el carácter dispositivo de la pretensión o los efectos que entraña, ha de ser libre, voluntario –sin presiones o amenazas-, informado, prestado con el auxilio de un abogado defensor, y con pleno conocimiento de lo que hace o deja de hacer y a lo que se somete una vez que acepta el acuerdo.

9°. Si es que las partes arriban a un acuerdo –que tiene como presupuesto la afirmación de la responsabilidad penal del imputado y, como condición, la precisión de las consecuencias jurídico penales y civiles correspondientes, en perfecta armonía con el principio de legalidad-, corresponde al Juez en ejercicio de su potestad jurisdiccional llevar a cabo los pertinentes controles acerca de la legalidad del acuerdo y de la razonabilidad de la pena.

10°. El control de legalidad del acuerdo se expresa en tres planos diferentes:

A. El ámbito de la tipicidad o calificación jurídico penal, en relación a los hechos objeto de la causa y a las circunstancias que rodean al hecho punible.

B. El ámbito de la legalidad de la pena y, en su caso, a su correspondencia con los parámetros, mínimo y máximo, que fluyen del tipo legal

aplicado y de las circunstancias modificativas de la responsabilidad –esto es lo que se denomina "pena básica"-. También el juicio de legalidad alcanza al respeto de los ámbitos legalmente definidos de la reparación civil –siendo del caso resaltar que en este extremo prima por completo la disposición sobre el objeto civil- y de las consecuencias accesorias.

C. La exigencia de una suficiente actividad indiciaria. Ello implica que las actuaciones o diligencias de la investigación permitan concluir que existe base suficiente –probabilidad delictiva- **(i)** de la comisión de los hechos imputados y de su vinculación con el imputado, y **(ii)** que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad.

11°. El control de la razonabilidad de la pena está centrado en el examen del *quantum* de la pena y de la reparación civil objeto del acuerdo. El Juez ha de realizar una valoración que evite que se vulnere, por exceso o por defecto, el principio de proporcionalidad, se lesione la finalidad de la pena o se afecte indebidamente los derechos e intereses legítimos de la víctima. Por consiguiente, sólo podrá rechazar el acuerdo si de modo palmario o evidente se estipule una pena o una reparación civil evidentemente desproporcionada o que en el caso de la pena se lesione ostensiblemente el principio preventivo.

12°. El análisis que corresponde al Juez Penal para homologar el acuerdo que le presentan las partes procesales concernidas es ciertamente distinto a la valoración y examen jurídico penal que hace el Juez en el proceso común luego del juicio oral. En este último el Juez aprecia y valora los actos de prueba y puede aplicar criterios como el *in dubio pro reo* para absolver al imputado, lo que en cierta medida no es posible en el proceso de terminación anticipada, en atención a los mecanismos reconocimos para su conformación sobre la base del consenso procesal.

Es claro, atento a lo expuesto, que el Juez debe desaprobar el acuerdo si advierte la inexistencia de los hechos, la atipicidad de la conducta atribuida u otra situación similar. Lo correcto en estos casos es que, rechazado el acuerdo, los cargos se diluciden en el proceso común. Es un contrasentido, en atención al ámbito del control jurisdiccional del acuerdo, que se busque una absolución o una decisión que resuelva un objeto distinto al juicio sobre la validez y eficacia jurídica del acuerdo objeto de control jurisdiccional.

Beneficios en el proceso especial de terminación anticipada:

13°. La determinación de la pena debe respetar los ámbitos legales referidos tanto a la configuración de la pena básica –definida como la configuración del marco penal establecido por el tipo legal y las diferentes normas que contienen las circunstancias modificativas de la responsabilidad genéricas, sean agravantes y/o atenuantes-, como al establecimiento de la pena concreta o final –que es el resultado de la aplicación de los factores de individualización estipulados en los artículos 45° y 46° del Código Penal, siempre dentro del marco penal fijado por la pena básica y a partir de criterios referidos al grado de injusto y el grado de culpabilidad-.

El acuerdo deberá determinar la pena concreta o final consensuada, cuyo examen, bajo las pautas señaladas líneas arriba –juicios de legalidad y razonabilidad de la pena-, corresponde realizar al Juez.

14°. El artículo 471° NCPP estipula una reducción adicional acumulable de la pena de una sexta parte. Cabe puntualizar que la última frase del citado dispositivo legal precisa que el beneficio en cuestión es adicional y se acumulará al que reciba por confesión. Ésta última es una circunstancia modificativa de la responsabilidad de carácter genérica y excepcional, en tanto permite disminuir la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal (artículo 161° NCPP), que lo que hace es redefinir el marco penal correspondiente, de ahí que es lógica la disposición procesal que la diferencia del beneficio por el acogimiento a la terminación anticipada y, por tanto, no encuentra obstáculo a su acumulación.

Ahora bien, la aplicación del beneficio de una reducción de una sexta parte se refiere a la pena concreta o final. Sobre ésta, una vez definida, es que ha de operar la reducción en una sexta parte –es una pauta de disminución fija y automática, es decir, tasada-. El acuerdo podrá consignarla, pero en todo caso siempre diferenciándola de la pena concreta y final, del resultado final como consecuencia del beneficio aludido, a efecto de que el Juez pueda definir con seguridad y acierto la realidad del beneficio premial y su exacta dimensión.

Recursos en el proceso especial de terminación anticipada:

15°. Uno de los principios que regulan el régimen jurídico de los recursos es el de taxatividad, que estipula que la admisión de todo recurso está condicionada a que se encuentre taxativa o expresamente previsto en la ley. Integra el presupuesto procesal objetivo del recurso. En este sentido,

cada recurso tiene su propia regulación, pues está diseñado para cada situación específica, en cuya virtud no se admite un recurso cuando corresponde otro, lo que es propio del principio de singularidad.

El gravamen o agravio integra el presupuesto procesal de carácter subjetivo del recurso. La admisión de un recurso está condicionada a que perjudique el derecho o interés legítimo de la parte procesal concernida o impugnante. Ésta, como consecuencia del principio dispositivo –eje esencial del sistema de recursos en toda clase de procesos jurisdiccionales-, debe demostrar argumentalmente el perjuicio o agravio sufrido por la resolución que impugna y el recurso ha de presentarse como el remedio capaz de excluir el perjuicio invocado, que debe provenir de la parte resolutiva de la resolución judicial.

16°. El artículo 468°.7 NCPP prescribe que la sentencia anticipada, aprobatoria del acuerdo, puede ser apelada por los demás sujetos procesales –se entiende fuera de Fiscal y del imputado, en tanto en cuanto, respecto de estos últimos, la sentencia anticipada respete los límites del acuerdo-. Esta norma no se ha pronunciado acerca de la posibilidad de apelación u otro recurso contra el auto que desaprueba el acuerdo. Sin embargo, es de tener en consideración la regla general establecida por el artículo 416°.1 NCPP, que determina como objeto impugnable en apelación los autos que ponga fin al procedimiento o a la instancia –literal b)- o, en su caso, los que causen gravamen irreparable –literal e)-.

No cabe duda de la pertinencia de la aplicación de la regla general del artículo 416°.1. b) y e) NCPP, pues la desaprobación del acuerdo tiene como efecto la culminación del proceso de terminación anticipada y, además, causa un gravamen irreparable porque cancela la vía consensuada y evita la aplicación del beneficio premial. Entender que no es así, por lo demás, vulneraría el derecho a la tutela jurisdiccional en la medida que uno de los elementos que integra su contenido constitucionalmente protegido es el acceso a los recursos legalmente previstos, así como infringiría el debido proceso en el ámbito del derecho al recurso –pluralidad de la instancia- respecto de las decisiones que causan estado.

Proceso de terminación anticipada y etapa intermedia del proceso común:

17°. Dentro de la estructura del proceso común, la etapa intermedia es imprescindible. Una de las funciones más importantes que debe cumplir

es el control de los resultados de la investigación preparatoria, para lo cual ha de examinar el mérito de la acusación fiscal y los recaudos de la causa con el fin de decidir si procede o no abrir el juicio oral, el procedimiento principal.

El proceso de terminación anticipada no guarda correspondencia con el proceso común. Es un proceso especial sujeto a sus propias reglas de iniciación y con una estructura singular –etapas propias y actuaciones singulares no equiparables con el proceso común, basado en el principio estructural de contradicción y no en el de consenso que informa al primero-. Además, el proceso de terminación anticipada se insta después de expedida la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria y hasta antes de formularse la acusación fiscal (artículo 468°.1 NCPP) y la audiencia especial y privada está sometida a determinadas pautas y ritos, muy distintos a los que rigen la audiencia de control de la acusación, acto de postulación que, a mayor abundamiento, no existe en la terminación anticipada.

18°. El artículo 350°.1.e) NCPP autoriza a las partes procesales, distintas del Fiscal, instar la aplicación, si fuere el caso, de un criterio de oportunidad, entendido en sentido amplio. Se discute si esta norma permitiría que en sede de etapa intermedia se instaure el proceso de terminación anticipada, bajo el entendido de que este último expresa un criterio de oportunidad procesal.

Ya se ha dejado sentado las diferencias sustantivas entre el proceso especial de terminación anticipada y la etapa intermedia del proceso común. El primero tiene como eje el principio del consenso y una de sus funciones es la de servir a la celeridad procesal, mientras que la segunda tiene como elemento nuclear el principio de contradicción y el cuestionamiento -en la medida de lo posible y como alternativa más fuerte de la potestad de control de la legalidad de que está investido el órgano jurisdiccional- de la pretensión punitiva del Ministerio Público. El objeto del principio de oportunidad, entonces, es aquel que busca, en clave material, la dispensa de pena o una respuesta distinta de la reacción punitiva propia del sistema de sanciones del Código Penal, y, como tal, según nuestras normas procesales, sólo puede estar destinada a la aplicación de los supuestos o "criterios" contemplados en el artículo 2° NCPP. Los mecanismos alternativos que buscan respuestas basadas en la idea del consenso (terminación anticipada, conformidad procesal y colaboración eficaz), por su propia especificidad

y singularidad, unido a los controles jurisdiccionales que corresponde realizar, están sometidos a un procedimiento determinado, que no tiene las características, alcances y metodología de la audiencia preliminar de control de la acusación.

Por otro lado, es de acotar que cuando el citado artículo 350°.1.e) NCPP prescribe que en la etapa intermedia se puede aplicar un criterio de oportunidad, tal referencia, sistemáticamente, sólo remite al artículo 2° NCPP. La confusión se debe a que el antecedente directo del principio de oportunidad es el artículo 230° del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, que denomina a este dispositivo "criterios de oportunidad", los cuales, como se observa de su tenor, son los supuestos previstos en el mencionado artículo 2° NCPP.

19°. A mayor abundamiento, la incorporación del proceso de terminación anticipada en la etapa intermedia del proceso común no sólo desnaturaliza su regulación propia y naturaleza jurídica, sino que tergiversa otro eje de su reconocimiento en el proceso penal nacional: la función de acortar los tiempos procesales y evitar las etapas procesales comunes intermedia y de enjuiciamiento, precisamente uno de los fundamentos que permite el beneficio premial de reducción de la pena de una sexta parte. Si se incoa en sede de etapa intermedia no podría aplicarse, en sus propios términos, el artículo 471° NCPP por no cumplir su finalidad político criminal.

20°. La audiencia preliminar de control de la acusación no está diseñada para concretar la terminación anticipada del proceso, pues en la primera solo es obligatoria la asistencia del Fiscal y el defensor del acusado, mientras que la audiencia de terminación anticipada se instalará con la asistencia obligatoria del Fiscal y del imputado y su abogado defensor. En caso de que no concurra el acusado concernido o los otros si fueran causas complejas o seguidas contra varios encausados, sería imposible desarrollar la audiencia de terminación anticipada. Su aceptación obligaría a fijar otra audiencia, con serio desmedro del principio de aceleramiento procesal.

Desde la perspectiva de los demás sujetos procesales también se producen inconvenientes. Al no ser obligatoria la presencia de ellos no se podrían oponer a la realización de esta audiencia, pues como señala el artículo 468°.3 NCPP el requerimiento fiscal o la solicitud del imputado será puesta en conocimiento de todas las partes por el plazo de cinco días, quienes se pronunciarán acerca de la procedencia del proceso de terminación anticipada y, en su caso, formular sus pretensiones. Empero, al aplicar la

terminación anticipada en la etapa intermedia tal trámite, indispensable, no será posible.

21°. De lo expuesto en los párrafos anteriores se colige que la incorporación pretoriana de la terminación anticipada en la etapa intermedia afecta gravemente el principio estructural de contradicción procesal, reconocido en el artículo I.1 del Título Preliminar NCPP, comprendido a su vez en la garantía de defensa procesal reconocida en el artículo 139°.14 de la Constitución, desarrollada en el artículo IX del Título Preliminar NCPP. El indicado principio y la garantía procesal aludida integran el Programa procesal penal de la Constitución, que podrían afectarse seriamente si se permite tan insólito proceder, ausente de base legislativa y sustento jurídico procesal."

283

§283. Flagrancia presunta, flagrancia, diligencias preliminares y proceso inmediato

Casación	692-2016-LIMA NORTE
Fecha	04 de mayo de 2017
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Arts. 259°, inciso 4; 446° del NCPP.

RESUMEN:

El artículo 446 del Código Procesal Penal establece los presupuestos materiales que determinan la incoación del proceso inmediato, en cuanto procedimiento especial informado por el principio de aceleramiento procesal. Esta norma, en lo pertinente, requiere ***flagrancia delictiva*** *o prueba evidente del hecho y de la participación de su autor.*

El artículo 259 del Código Procesal Penal, según la Ley número 29596, el inciso 4 del citado artículo regula la denominada "flagrancia presunta". En este supuesto el agente, ha de tener los bienes delictivos (instrumentos del delito, objetos del delito o efectos del delito) en su poder y en ese momento debe ser detenido, dentro de las veinticuatro horas de la comisión del delito.

La flagrancia, por su propia razón de ser, requiere una acreditación de los hechos por prueba directa a partir de informaciones categóricas, procedentes del agraviado, de testigos presenciales o de filmaciones indubitables, que demuestren, sin necesidad de inferencias complejas, que el detenido fue quien intervino en la comisión del delito.

Las citadas diligencias —las denominadas "diligencias urgentes e inaplazables"— son aquellas que se realizan bajo las exigencias de una situación concreta que requiere el rápido aseguramiento de las fuentes de investigación, diligencias que, por tal motivo, no pueden esperar. Desde luego, una diligencia de investigación, como es la pesquisa-registro vehicular, puede ser ampliada, más aun si en el primer registro vehicular no intervino el Ministerio Público.

En consecuencia, desde la perspectiva de la calificación de la flagrancia del delito —en sus diversas modalidades— e incluso en el supuesto de prueba evidente del mismo, es de tener en consideración que para su calificación se asume exclusivamente todo aquello que constaba en determinados momentos procesales. Para el ***primer supuesto****: la información que se tenía, momentos previos y en el mismo instante de la detención (información de la víctima o de un testigo presencial del hecho, vestigios materiales o información videográfica, entre otros). Para el* ***segundo supuesto****: los actos de investigación acopiados en el curso de las diligencias preliminares, hasta el momento de la incoación del proceso inmediato.*

FUNDAMENTOS:

PRIMERO. Que los actos de investigación relevantes que dieron lugar a la incoación proceso especial inmediato y ulterior tramitación bajo ese trámite procedí mental, son:

A. Producida la detención del imputado Cortez Ortega, merced a la indicación de la agraviada Matos Valera al percatarse de la presencia del vehículo cuya placa apuntó, se le efectuó un registro personal —realizada el veintinueve de enero de dos mil dieciséis, a las tres horas con diez minutos—, con resultado negativo para un bien de propiedad de la agraviada. Asimismo, diez minutos después, se realizó un registro vehicular con resultado negativo. En las actas levantadas al efecto solo estuvieron presente el policía instructor y el imputado —la agraviada solo estuvo presente en la diligencia de registro vehicular— [fojas veintidós vuelta y veintitrés]. Cabe señalar que el vehículo intervenido se puso a disposición de la Comisaría de Puente Piedra ese mismo día a las dos horas con cuarenta y cinco minutos [fojas veintiocho]; luego, el registro vehicular se realizó en sede policial.

B. La agraviada Matos Valcra denunció el robo en su agravio el veintinueve de enero de dos mil dieciséis, como a las dos horas con veintiún minutos e indicó que no reconoció al chofer [fojas

veintiséis]. En su primera manifestación preliminar [fojas quince], realizada el mismo día veintinueve de enero de dos mil dieciséis, a las siete horas con veinte minutos, con el concurso del Fiscal, detalló el hecho y si bien apuntó las placas del vehículo que utilizaron los asaltantes para huir, no logró ver el rostro del chofer, ni de ninguno de los intervinientes en el robo. De otro lado, en su manifestación preliminar [fojas diecinueve], llevada a cabo a las doce horas con veinticinco minutos del mismo día, luego del segundo registro vehicular al coche conducido por el imputado, reconoció como suyas las cosas encontradas en el automóvil. Cabe resaltar, sin embargo, que la indicada agraviada al declarar en el juicio oral señaló que vio la cara del imputado Cortez Ortega y que lo reconoce plenamente [minuto cuarenta y dos].

C. La policía por orden y con asistencia del Fiscal realizó un segundo registro vehicular a las once horas con treinta minutos del citado día veintinueve de enero de dos mil dieciséis en la Comisaría Laura Caller. En la parte de atrás, debajo de un cartón color blanco, se encontró un bolso negro de material sintético con bordes blancos, que contenía cosméticos de mujer, un peine, una tarjeta del Banco de Crédito del Perú y el Documento Nacional de Identidad de la agraviada, y un llavero con tres llaves. El acta se firmó por los fiscales, pero no lo hizo el imputado. Se devolvió a la agraviada los bienes de su propiedad [acta de fojas veintitrés vuelta, de veintinueve de enero de dos mil dieciséis].

D. La audiencia de proceso inmediato se realizó el día treinta de enero de dos mil dieciséis, a las once horas con treinta minutos, con asistencia de las partes (fiscal y el imputado y su defensor), según fojas sesenta y siete. Ese mismo día se dictó el auto de incoación del proceso inmediato, que quedó consentida el indicado día [fojas sesenta y ocho y sesenta y nueve].

E. Se formuló acusación el uno de febrero de dos mil dieciséis (fojas setenta y seis], y el día cuatro de febrero de dos mil dieciséis se emitió el auto de enjuiciamiento (fojas ochenta y siete]. El cinco de febrero de dos mil dieciséis se inició el juicio oral. La defensa del imputado ofreció prueba testifical y documental [fojas noventa y seis]. La audiencia continuó el nueve de febrero de dos mil dieciséis, ocasión en que, como dato singular, se tiene que el Tribunal de Primera Instancia

llamó la atención a la defensora del imputado y apercibió que si no lleva a cabo una defensa efectiva se la cambiaría por un abogado de oficio [fojas ciento siete].

F. El imputado Cortez Ortega siempre negó los cargos. No sabe cómo apareció el bolso en la maletera del vehículo que dedica al servicio de taxi. Señala que en el primer registro vehicular no se encontró nada, pero luego en un segundo registro apareció el bolso en la maletera del coche [fojas diecisiete y veinte].

SEGUNDO. Que, como se sabe, los presupuestos procesales son circunstancias tan importantes que la admisibilidad de todo el proceso depende de su presencia o ausencia; o, mejor dicho, son condiciones de admisibilidad para alcanzar una decisión material, por lo que la comprobación de los presupuestos procesales es de oficio en todas las etapas del proceso (VOLK, Klaus, 2016: 208/210).

Uno de los presupuestos procesales está referido a la causa, a su correcta tramitación desde las reglas estipuladas por el Código Procesal. Esto último tiene un sólido respaldo constitucional en el artículo 139 numeral 3 de la Constitución, cuando precisa que: "Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos". Es pues uno de los derechos procesales fundamentales que integran la garantía genérica del debido proceso.

En el presente caso se discute si se presentan los presupuestos materiales de la incoación del proceso especial.

TERCERO. Que el artículo 446 del Código Procesal Penal establece los presupuestos materiales que determinan la incoación del proceso inmediato, en cuanto procedimiento especial informado por el principio de aceleramiento procesal. Esta norma, en lo pertinente, requiere flagrancia delictiva o prueba evidente del hecho y de la participación de su autor.

La flagrancia delictiva está regulada en el artículo 259 del Código Procesal Penal, según la Ley número 29596, de veinticinco de agosto de dos mil diez. El inciso cuatro del citado artículo regula la denominada "flagrancia presunta". Según esta norma, existe flagrancia cuando: "El agente es encontrado dentro de las veinticuatro horas después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso". Por la naturaleza del acto en cuestión, que importa la

privación del derecho fundamental a la libertad personal, es obvio que la indicada disposición debe interpretarse restrictivamente.

El agente, en este supuesto, ha de tener los bienes delictivos (instrumentos del delito, objetos del delito o electos del delito) en su poder y en ese momento debe ser detenido, dentro de las veinticuatro horas de la comisión del delito. El imputado Cortez Ortega no fue reconocido por la agraviada en el momento en que ocurrió el robo en su agravio. Ella no le vio el rostro. Por eso es que no lo describió en su denuncia ni en su declaración preliminar, de suerte que llama la atención que recién lo haga en el juicio oral inmediato.

La agraviada, según expresó, apuntó el número de placa de rodaje del vehículo utilizado para el robo. Cuando horas después se capturó el vehículo, de inmediato, se efectuó un primer registro vehicular con resultado negativo para un bien de la agraviada. Empero, horas más tarde, a instancias de la Fiscalía, se realizó un segundo registro vehicular, sin presencia del abogado del imputado, y en la maletera se halló el bolso de la agraviada con parte de los bienes sustraídos, acta que no firmó el imputado pues no aceptó lo que se descubrió en la maletera del coche que conducía.

CUARTO. Que la actuación de las diligencias de investigación preliminar —las denominadas "diligencias urgentes e inaplazables"— son aquellas que se realizan bajo las exigencias de una situación concreta que requiere el rápido aseguramiento de las fuentes de investigación, diligencias que, por tal motivo, no pueden esperar. Ese es el caso de las pesquisas y, en especial, de un registro vehicular, regulado por el artículo 210, apartados 3 y 4, del Código Procesal Penal. El imputado, en este caso, tiene derecho de hacerse asistir por una persona de su confianza, siempre que ésta se pueda ubicar rápidamente y sea mayor de edad.

Desde luego, una diligencia de investigación, como es la pesquisa-registro vehicular, puede ser ampliada, más aun si en el primer registro vehicular no intervino el Ministerio Público. En este caso, sin embargo, no existen razones de extrema urgencia que impidan la intervención de un abogado defensor en sede de investigación preliminar (artículo 71, apartados 1 y 2, literal "c" del Código Procesal Penal). En la segunda acta no constan las razones por las cuales el imputado rehusó firmar el acta, tampoco por qué no se contó con un abogado defensor de confianza o, en todo caso, con un abogado defensor de oficio. Estatuye, al respecto, el artículo 120, apartado 2, del Código Procesal Penal que: ... *"Se debe hacer constar en el acta el cumplimiento de las disposiciones especiales previstas para las actuaciones que así lo requieran"*.

QUINTO. Que, en consecuencia, desde la perspectiva de la calificación de la flagrancia del delito —en sus diversas modalidades— e incluso en el supuesto de prueba evidente del mismo, es de tener en consideración que para su calificación se asume exclusivamente todo aquello que constaba en determinados momentos procesales. Para el primer supuesto: la información que se tenía, momentos previos y en el mismo instante de la detención (información de la víctima o de un testigo del hecho, vestigios materiales o información videográfica, entre otros). Para el segundo supuesto: los actos de investigación acopiados en el curso de las diligencias preliminares, hasta el momento de la incoación del proceso inmediato. Así las cosas, no es posible afirmar que en este caso se cumplieron con esos presupuestos para incoar un proceso especial inmediato.

La agraviada no había visto el rostro del imputado —ni siquiera lo describió cuando denunció el delito en su perjuicio ni cuando declaró en sede preliminar—. Es más: en el vehículo, cuando se efectuó el primer registro vehicular, no se hallaron los objetos del delito. Es verdad que la agraviada apuntó la placa del vehículo y, al verlo posteriormente, luego de unas horas, identificó el coche y pidió la ayuda policial correspondiente para su captura. Pero, en atención: (i) al tiempo transcurrido, (ii) al hecho de que el imputado no se le capturó en el teatro del delito, (iii) a las protestas de inocencia de aquél, y (iv) que al momento de la primera revisión vehicular no se encontró los objetos del delito, no es posible concluir que se está ante un supuesto de flagrancia presunta.

La flagrancia, por su propia razón de ser, requiere una acreditación de los hechos por prueba directa a partir de informaciones categóricas, procedentes del agraviado, de testigos o de filmaciones indubitables, que demuestren, sin necesidad de inferencias complejas, que el detenido fue quien intervino en la comisión del delito. En el presente caso, frente a los vacíos probatorios resaltados, no puede concluirse, todavía, que el imputado era quien conducía el vehículo utilizado para el robo en agravio de Matos Valera: no se daba una situación de flagrancia delictiva. La captura del vehículo, al coincidir su placa de rodaje con la apuntada por la agraviada, sin la posesión del objeto del delito y sin el reconocimiento de esta, no satisface el rigor conceptual del delito flagrante.

SEXTO. Que tampoco es posible sostener el requisito de prueba evidente, que también permite la incoación del proceso inmediato. Lo central para que se dé por establecida la evidencia delictiva sería, en el presente caso, el hallazgo de los bienes robados en el carro conducido por el imputado. Como quedó dicho, en el primer registro vehicular no se encontraron parte de los bienes robados a la agraviada. Recién, al producirse un segundo registro vehicular, es que se hallaron

los bienes descritos en el acta de fojas treinta, que luego se devolvieron a la víctima [acta de entrega de fojas 23 vuelta].

Empero, la diligencia no cumplió las exigencias legales que le confieren fiabilidad y eficacia procesal. No estuvo presente un abogado defensor, no se consignaron las razones por las cuales el primero no estuvo presente y el imputado no firmó el acta. La presencia de un abogado defensor, fuera de los supuestos de urgencia y peligro por la demora, es insustituible. El vehículo ya estaba en poder de la Comisaría de Laura Caller y el imputado estaba detenido, luego, no se justifica la inasistencia de un defensor en ese acto. Se vulneró, entonces, la concordancia de los artículos 71, apartados 1 y 2, literal "c" y 120, apartado 2, del Código Procesal Penal.

SÉPTIMO. Que, sin analizar si, finalmente, el imputado Cortez Ortega es culpable o inocente, como consecuencia de la valoración del conjunto de la prueba actuada durante el enjuiciamiento, es de resaltar que el proceso no pudo ser tramitado por la vía inmediata, sino por la común u ordinaria. Al hacerlo, indebidamente, bajo el proceso inmediato se afectó el artículo 139, numeral 3, de la Ley Fundamental: el proceso no fue debido, con todas las garantías. La inobservancia de este derecho fundamental generó indefensión material, por lo que es de ampararse el recurso de casación por la causal de vulneración de precepto constitucional: artículo 429, inciso 1, del Código Procesal Penal.

Asimismo, la segunda diligencia de registro vehicular no cumplió con los cánones estipulados en la Ley Procesal, por lo que la decisión de incoar el proceso inmediato no pudo basarse en esa actuación preliminar. Esa diligencia y el acta de su propósito, como generaron indefensión material, incurrieron en un quebrantamiento de la ley procesal (concordancia de los artículos 71, apartados 1 y 2, literal "c" y 120, apartado 2, del Código Procesal Penal), que hace inutilizable tal acto de investigación. En él no se puede fundar ninguna resolución judicial. La causal de infracción de precepto procesal se estima y así se declara.

Debe quedar claro, por lo demás, que la exclusión de ese segundo registro vehicular no importa, de plano, la absolución. Es posible, desde una perspectiva general, que la autoría del imputado se acredite con otros medios de prueba. Esto último dependerá, obviamente, del conjunto de la prueba de cargo y si tal prueba está en condiciones de enervar la presunción constitucional de inocencia.

OCTAVO. Que, finalmente, cabe reiterar lo que estableció el Acuerdo Plenario número dos guión dos mil dieciséis oblicua CIJ guión ciento dieciséis, Fundamento Jurídico veintitrés-D, de uno de junio de dos mil dieciséis. La desestimación de la incoación del proceso inmediato no trae consigo

necesariamente la anulación de la prisión preventiva; y, la modificación de esta medida de coerción personal requiere petición parte, unida a un debate sobre los presupuestos materiales correspondientes.

Sin embargo, lo que es singular en el presente caso es el tiempo de privación procesal la libertad: ya alcanza cerca de los quince meses. Como el plazo ordinario de la prisión preventiva, en estos casos, es de nueve meses (artículo 272, apartado 1, del Código Procesal Penal), es evidente que ya venció (se dictó el treinta de enero de dos mil dieciséis) —no cabe tomar en cuenta la mitad de la pena impuesta, porque la consecuencia de amparar el recurso de casación es la anulación de las sentencias de mérito, luego, la causa debe retrotraerse a la etapa de instrucción—. Rige para esta solución, el artículo 273 del citado Código, que es del caso aplicar.

284

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

Casación	63-2011-HUAURA
Fecha	24 de abril del 2012
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores y Morales Parraguéz.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 184°, 185°, 186°, 187° y 188° del NCPP.

RESUMEN:

En los delitos de ejercicio privado de la acción penal (querella) ***se debe respetar las garantías constitucionales de carácter procesal y material respecto a las pruebas ofrecidas tanto por parte del querellante como del querellado****. Las reglas establecidas para la institución denominada cadena de custodia que establece el Código Procesal Penal y el Reglamento aprobado a través de Resolución N° 729-2006-MP-FN no son aplicables a los procesos por delito de ejercicio privado de la acción penal (querella). La debida motivación de las resoluciones judiciales, comprende también la debida motivación de las reglas de determinación e individualización de la pena y del monto que se fije como reparación civil, para efectos de que la parte procesal que se considere perjudicada con la determinación de las consecuencias jurídicas establecidas en la sentencia, pueda contradecir los argumentos que las sustentan al momento de presentar su recurso impugnatorio.*

FUNDAMENTOS:

"**SÉTIMO:** Que, sin perjuicio de lo anotado, debe indicarse que en los delitos de ejercicio privado de la acción penal (querella) se debe respetar las garantías constitucionales de carácter procesal y material (debido proceso, derecho

de defensa, contradicción, entre otros) respecto a las pruebas ofrecidas tanto por parte del querellante como del querellado; debiendo indicarse al respecto que en el Libro Segundo, Sección II, Título II, Capítulo V del Código Procesal Penal –artículos ciento ochenta y cuatro a ciento ochenta y ocho-, se regula lo relativo a la incorporación al proceso de la prueba documental, clases de documentos, reconocimiento de documento, traducción, trascripción y visualización de documentos, entre otros, de donde se advierte que se considera como prueba documental, entre otros, las grabaciones magnetofónicas y medios que contienen registros de sucesos, imágenes, voces, debiéndose ordenar cuando sea necesario, el reconocimiento del documento, por su autor o por quien resulte identificado según su voz, imagen, huella, señal u otro medio, así como por aquél que efectuó el registro, asimismo se establece que cuando el documento consista en una cinta de video, se ordenará su visualización y su transcripción en un acta, con intervención de las partes; reglas que son de aplicación a los procesos por delito de ejercicio privado de la acción penal, por no ser incompatibles con su naturaleza.

OCTAVO: Que, siendo ello así, no se advierte que en el presente caso, se hallan vulnerando garantías constitucionales de carácter procesal o material para incorporar al proceso como prueba documental el video que la querellante ofreció como medio de prueba en su escrito de querella, que registra las frases difamatorias que le infirió el querellado en el programa televisivo Cables Noticias Internacional de Chancay, emitido desde las veintiún horas con treinta minutos hasta las veintidós horas con treinta minutos del día veinticuatro de enero de dos mil ocho, el medio televisivo del canal cuarenta y seis, TV Cable Internacional, debido a que el querellado no contestó la demanda de querella ni cuestionó en su oportunidad la referida prueba, más aún, si se cumplió con visualizar dicho documento en presencia de las partes procesales en el Juicio Oral, cuyo contenido visualizado fue reconocido incluso por el propio querellado, conforme se advierte del acta de la sesión del veinticinco de marzo de dos mil diez, obrante a fojas ciento seis.

NOVENO: Que, en consecuencia habiéndose establecido en la presente Ejecutoria, que la normatividad procesal penal y Reglamento aprobado por Resolución nº 729-2006-MP-FN de fecha quince de junio de dos mil seis, referida a la cadena de custodia, sólo es aplicable a procesos por delitos de ejercicio público de la acción penal, mas no a los procesos por delito de ejercicio privado de la acción penal, y no advirtiéndose que en el proceso de querella que nos ocupa se haya vulnerado garantías constitucionales de carácter procesal o material referida a la incorporación al proceso como prueba documental del video ofrecido por la

parte querellante en su escrito de querella, este Supremo Tribunal concluye, que no es amparable la causal invocada por el encausado recurrente en su recurso de casación, prevista en el inciso uno del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal; sin perjuicio de indicar que este Supremo Tribunal en la resolución de un recurso extraordinario de casación, sólo está facultado para realizar pronunciamiento de fondo respecto a la responsabilidad penal o no de un imputado, en la medida que se haya presentado en un caso concreto, algunas de las causales previstas en el artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, lo cual no sucede en el caso *sub examine*.

DÉCIMO: Que, en cuanto al extremo de la debida motivación de las reglas de determinación e individualización de la pena y del monto a fijar por concepto de reparación civil en una sentencia judicial, debe indicarse lo siguiente: ***i)*** el inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, establece como uno de los principios de la función jurisdiccional "*La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan*"; ***ii)*** el Tribunal Constitucional mediante sentencia de fecha catorce de noviembre de dos mil cinco, recaída en el expediente ocho mil ciento veintitrés – dos mil cinco- PHC7TC (Caso: Nelson Jacob Guzmán), ha establecido que *"(...) la necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informe el ejercicio de la función jurisdiccional y al mismo tiempo, un derecho constitucional de los justiciables. Mediante ello (...) se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (...) y (...) que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa)*; agregando que uno de los contenidos esenciales del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos, mientras que en la sentencia de fecha trece de octubre de dos mil ocho, recaída en el expediente setecientos veintiocho – dos mil ocho-PHC/TC (caso Guiliana Flor de María Llamoja Hilares) se indica que ¡*El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico a los que se derivan del caso*", estableciendo además los supuestos que deben tenerse en consideración para una debida motivación de las resoluciones judiciales; y ***iii)*** el Título III, Capítulo II del Código Penal, establece expresamente los criterios que debe tener el juez para determinar e individualizar la pena aplicable al agente responsable de la comisión

de un delito; de igual forma el Título VI, Capítulo I del Código Penal, regula el tema relacionado a la reparación civil y consecuencias accesorias, indicándose otras cosas, que la reparación civil se determina conjuntamente con la pena, y que la reparación comprende, la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y la indemnización de los daños y perjuicios; y ***iv)*** mediante Resolución Administrativa nº 311-2011-P-PJ de fecha uno de setiembre de dos mil once, emitida por el Presidente del Poder Judicial, se dictaron líneas directrices para la correcta determinación judicial de la pena, en base a los fundamentos jurídicos siete, ocho y nueve del Acuerdo Plenario número uno – dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis, de fecha dieciocho de julio de dos mil ocho.

DÉCIMO PRIMERO: Que, ofendiendo a la normatividad anotada en el considerando anterior, debe indicarse que la debida motivación de las resoluciones judiciales a que hace referencia nuestra Constitución Política, no sólo está referida a la fundamentación láctica y jurídica que debe realizase en una sentencia judicial de índole penal para efectos de acreditar la responsabilidad penal o no de determinado encausado por la comisión de un delito imputado, sino que también debe realizarse la misma fundamentación respecto a la sanción penal y consecuencias civiles en caso de sentencia condenatoria, más aún, si nuestra norma procesal penal permite la impugnación de la sentencia contra dichos extremos, lo cual requiere que lo decidido al respecto por el Órgano Jurisdiccional respectivo se encuentre debidamente motivado y justificado jurídicamente en la resolución judicial, para efectos de que la parte procesal que se considere perjudicada con dicho extremo del fallo, pueda contradecir dichos argumentos al momento de presentar su recurso impugnatorio respectivo." (Sic.)

285

§285. Características de la flagrancia delictiva

Recurso de Nulidad	1589-2013-LIMA
Fecha	06 de agosto de 2013
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	San Martín Castro.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Neyra Flores.

RESUMEN:

Existen además de las dos notas clásicas materiales de la flagrancia delictiva –inmediatez temporal e inmediatez personal- dos de orden adjetivo: percepción directa y efectiva –no solo meramente presuntiva o indiciaria- de las dos notas anteriores y necesidad urgente de la intervención policial como medio de evitar ya la consumación del delito que está cometiendo, ya el agotamiento del que se acaba de cometer, ya la desaparición de los efectos y huellas del delito que se está percibiendo directa y sensorialmente.

FUNDAMENTOS:

PRIMERO. Que la defensa del encausado Aurimas Brasas en su recurso formalizado de fojas novecientos cuarenta y nueve solicita la absolución. Alega que el acta de registro domiciliario y comiso de drogas no cuenta con la firma del fiscal ni de traductor oficial; que su patrocinado no habla ni escribe castellano; que en la diligencia materia del acta de registro personal solo se le encontró dinero; que existe contradicción entre lo que declaró el instructor Luis Alberto Cotrina y el comandante de la Policía Nacional del Perú Pilco Pilco; que fue admitida la tacha contra cuatro actas levantadas por la policía en el curso de la intervención;

que como se trata de prueba ilegalmente obtenida no produce ningún efecto en el proceso.

SEGUNDO. Que la defensa del encausado Martynas Bambalas en su recurso formalizado de fojas novecientos cincuenta y cuatro insta la absolución. Repite los argumentos del recurso de su coimputado Aurimas Brasas. Insiste en que no habla castellano que su permanencia en Perú era para exportar fruta y que arrendó el inmueble donde pernoctaba con el nombre de Darius Kudraskas.

TERCERO. Que la acusación fiscal de fojas seiscientos dieciséis atribuye a los imputados recurrentes integrar una organización delictiva de tráfico de drogas mediante la modalidad de utilizar maletas, montura de caballos y otros para acondicionar droga y enviarlos mediante burriers al extranjero, cuyo centro de operaciones era un inmueble en el distrito de San Miguel.

De estos hechos tomó conocimiento personal de inteligencia de la DEPANDRO Ventanilla - Callao, por lo que -sin comunicar a la Fiscalía— el día dieciséis de marzo de dos mil uno, como a las dieciséis horas, capturó a los encausados Aurimas Brasas y Martynas Bambalas de nacionalidad Lituana. por inmediaciones de la cuadra uno de la calle Margarita Praxides — Urbanización Pando. Al efectuarles el registro personal sólo se encontró en su poder un total de tres mil quinientos cincuenta dólares americanos [actas de rojas treinta y cinco y treinta y seis].

A continuación, sin recabar orden judicial, ingresaron y registraron el inmueble. ubicado en el número ciento dieciséis de esa calle y urbanización — alquilado por Martynas Bambalas [contrato de rojas ciento veintidós]-. Según el acta respectiva de fojas treinta y siete —que indicó que la entrada y registro contó con la autorización de los detenidos- se encontraron, entre otros documentos, tres pasaportes de tres ciudadanos extranjeros, trescientos dólares americanos y una caja de madera que contenía una montura de caballo de cuero tallado con todos sus accesorios desarmados, y con adherencias de clorhidrato de cocaína [pericia de rojas quinientos setenta y tres], una bolsa conteniendo esa misma droga: cero punto cero cuarenta y dos kilogramos [pericia de fojas quinientos setenta y dos]. así como tres balanzas electrónicas y un sellador electrónico, entre otras herramientas.

Con posterioridad a esa diligencia policial —nueve días después- se realizó un acta de inspección técnica policial, con presencia del Fiscal, que no aportó dato significativo alguno [acta de rojas cuarenta].

Los imputados, según comunicación oficial de Interpol, no registran antecedentes por tráfico de drogas, sino por falsedad documental y tráfico de

personas [acta de fojas ochocientos quince]. La pericia toxicológica arrojó negativo para consumo de drogas. El examen de sarro ungueal, asimismo resultó negativo para adherencias de drogas en ambas manos de los imputados.

CUARTO. Que si bien es cierto que la sentencia no se pronunció expresamente respecto de las tachas interpuestas contra la Nota de Agente. el Acta de registro personal e incautación, el acta de registro domiciliario, comiso e incautación, las dos actas de lacrado de especies, los resultados preliminares de análisis químico y el Atestado Policial, las cuales fueron admitidas por resolución de fojas veintiséis —cuaderno de tacha-; es obvio, que implícitamente, al otorgarles valorabilidad y ser apreciadas, se desestimó las mismas.

Sin embargo es de precisar seis puntos básicos para la debida admisión y procedencia de una tacha en el proceso penal:

1. La tacha procede, primero, contra la prueba documental y, segundo, contra los peritos y testigos (artículos 156, 165 y 262 del Código de Procedimientos Penales). Por remisión a los artículos 242° y 243° del Código Procesal Civil, la tacha a los documentos sólo cabe por falsedad o por nulidad.

2. Es de diferenciar prueba documental -los. documentos propiamente dichos- de prueba documentada. Esta última contiene diligencias actuadas en sede preliminar y jurisdiccional, que según las exigencias derivadas de los principios de legalidad, contradicción, inmediación, irrepetibilidad y urgencia, podrán ser consideradas -si cumplen determinados presupuestos, condiciones y requisitos- como actos de prueba para su valoración con arreglo a la sana crítica -prueba preconstituida y prueba anticipada-.

3. El Atestado Policial, como aporte de la policía con el valor de denuncia, no es, típicamente, prueba documental. Existen algunos ámbitos del Atestado que pueden tener carácter de prueba preconstituida. si cumplen determinados requisitos. Su apreciación queda a cargo del Tribunal sentenciador cuando le corresponda apreciar la prueba --la legalidad integra el contenido esencial de lo que se entiende por prueba en el proceso jurisdiccional-. El cuestionamiento al Atestado siempre es de mérito y la vía procesal, desde luego, no es la tacha.

4. La Nota de Agente es un mero informe de un funcionario policial, sujeto a contrastación, y como tal tiene el carácter de mera denuncia.

Constituye,' en todo caso, objeto de prueba. Como no es un medio de prueba la tacha es rechazable de plano.

5. El resultado provisional de análisis químico no es un medio de prueba, pero comparte, muy provisionalmente, las notas de una pericia. Por tanto, lo que se puede tachar es al perito por falta de imparcialidad o por incompetencia profesional.

6. Las actas de registro, incautación o comiso pueden erigirse en prueba preconstituida si cumplen las notas características de irrepetibilidad o indisponibilidad y urgencia, y si formalmente hubo posibilidad de actuación con principio de contradicción, se debatió en el acto oral y se cumplió con las disposiciones legales que la disciplinan. Como son prueba documentada no pueden ser objeto de tacha. Si se cuestiona su constitucionalidad. el argumento es de fondo -es una oposición u objeción de mérito que debe merecer cumplida respuesta en la sentencia- y. de aceptarse, producirá su exclusión e inutilizabilidad; será una prueba de valoración prohibida.

QUINTO. Que como las reglas de prueba que integran la garantía de presunción de inocencia exigen la presencia de verdadera prueba, que ésta sea de cargo e introducida por la parte acusadora, así como que en su obtención -fuente de prueba- o en su actuación -medio de prueba- no vulnere el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental el incumplimiento de alguna de ellas determina la imposibilidad de su valoración, de suerte que si no existe prueba bastante o suficiente, no queda otra opción al juez que dictar sentencia absolutoria.

Un cuestionamiento de este orden, como lo ha planteado la defensa, debe entenderse como argumento de defensa o, en su caso, como objeciones u oposiciones de mérito. Carece de objeto pronunciarse por las tachas dada su evidente inadmisibilidad.

SEXTO. Que, en el presente caso, es de destacar dos oposiciones de la defensa: a) la indefensión material que significó que los imputados firmen actas sin conocer el castellano; y, b) el allanamiento policial del inmueble sin cumplir las exigencias impuestas por el artículo 2°. inciso 9 de la. Constitución.

SEPTIMO: Que está probado que los imputados desconocían el castellano. Por eso se requirió la presencia de un intérprete. La declaración de la policía Marcela Katherine Stuva Farfán es significativa al respecto [fojas doscientos ochenta y seis]. De ser así, no es posible aceptar como válida, en señal de conformidad la firma

de los imputados, en las actas de registro personal y domiciliario. La indefensión material que deriva de esa omisión obliga a desestimar como legalmente válida la aceptación de los imputados a lo que allí se consigna.

OCTAVO. Que como mediaron acciones de inteligencia y se contaba con información adecuada del lugar utilizado para acciones de tráfico de drogas. la ausencia del fiscal resta credibilidad a la diligencia y, en especial, la autorización judicial, que incluso le resta legitimidad -que es anterior y prerrequisito de la fiabilidad probatoria-.

En efecto, los imputados han negado autorización personal para la entrada y registro del inmueble, por lo que la carga de la prueba recae en la policía. No hay evidencia objetiva, externa, distinta de la versión de los propios efectivos policiales, que confirme que los titulares del derecho de exclusión permitieron el ingreso y registro del predio.

NOVENO. Que cabe significar que no existió flagrancia delictiva. La droga o bienes vinculados a ella no eran observables por los policías. No consta que hubo una vigilancia del predio y que antes o en el acto de la intervención se advirtiera la presencia de movimientos propios de una actuación delictiva vinculada al tráfico de drogas. Es claro que en el presente caso no había constancia cierta de la comisión del delito a través de percepciones sensoriales, como eran, por ejemplo, la entrada y salida inmediata en el predio de personas conocidas por su adicción o comercialización de droga, de modo que exija de manera inexcusable una inmediata intervención policial. No era patente en este caso la desaparición de los agentes del delito o la destrucción u ocultación de los objetos o los instrumentos del mismo.

Es de rigor puntualizar que a las dos notas materiales de la flagrancia: inmediatez -temporal e inmediatez personal. se añaden otras dos de orden adjetivo: percepción directa y efectiva -nunca meramente presuntiva o indiciaria— de las dos notas anteriores. y necesidad urgente de la intervención policial como medio de evitar ya la consumación del delito que está cometiendo. ya el agotamiento del que se acaba de cometer, ya la desaparición cíe los efectos y huellas del delito que se está percibiendo directa y sensorialmente. Es evidente que en el *sub lile* estas notas no se presentaban, por ende se requirió orden judicial —inexistente- o autorización del titular del derecho de exclusión —no acreditada, en tanto el comportamiento de los interesados que no sabían el idioma, no permite concluir que medió aquiescencia libre y voluntaria-.

DÉCIMO. Que en estas circunstancias se tiene que la ilegitimidad constitucional de la entrada y registro domiciliario determina que lo que se dice

incautado —prueba originaria- y las pericias realizadas sobre el particular -prueba derivada- no sea utilizable, esto es, que carecen de valor legal de prueba. A ello se agrega que concurrió un supuesto de indefensión material por falta de intérprete aunque es de acotar, desde una perspectiva general, que no es significativo la firma del intervenido en una acta policial para afirmar su eficacia procesal pues lo relevante es el cumplimiento de las pautas legalmente establecidas en la realización de la propia diligencia en función a la obtención de fuentes de prueba —requisito incumplido en esta causa-.

En tal virtud, debe estimarse el recurso defensivo. Es de aplicación el articulo 301°, primer párrafo, del Código de Procedimientos Penales.

286

§286. Proceso inmediato y delitos especialmente graves

Casación	622-2016-JUNÍN
Fecha	6 de mayo de 2019
Procedencia	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Barrios Alvarado.
Jueces Supremos	Prado Saldarriaga, Barrios Alvarado, Quintanilla Chacón, Castañeda Otsu, Pacheco Huancas.
Disposiciones estudiadas	Art. 446 del NCPP

RESUMEN:

La celeridad e impulso del proceso para su conclusión inmediata no amerita que se deba excluir de defensor al procesado, en tanto garantía de un debido proceso, pues la indefensión afecta derechos fundamentales.

FUNDAMENTOS:

4. MARCO INCRIMINATORIO Y CALIFICACIÓN JURÍDICA

DÉCIMO. Del requerimiento fiscal se desprende que el imputado Luis Miguel Quiquia Damián habría abusado sexualmente de la menor de iniciales F.J.T.O. de trece años de edad, el dieciocho de febrero dos mil dieciséis, a las 22:00 aproximadamente, en circunstancias en que dicha menor se encontraba en el velorio de su abuela materna, en el local Dos de Mayo, ubicado en el jirón Chanchamayo. Es así que de un momento a otro, la menor agraviada desapareció del lugar, por lo que fue buscada por sus padres por distintos lugares en toda la ciudad, pero no lograron encontrarla sino hasta el día siguiente a las 6:30 de la mañana aproximadamente, cuando la menor apareció en el local del velatorio. Luego cuando se dirigieron a su domicilio, la menor les narró que el día jueves

dieciocho de febrero a las 22:00 horas aproximadamente, cuando se encontraba por inmediaciones del jirón Dos de Mayo y el pasaje Las Magnolias, el imputado Luis Miguel Quiquia Damián la condujo por la fuerza y bajo amenazas hasta su habitación ubicada en el jirón Cecilio Limaymanta s/n, donde abusó sexualmente de ella vía vaginal hasta en tres oportunidades, y luego de permanecer por cerca de ocho horas en la habitación del denunciado logró salir y llegar al lugar donde se estaba realizando el velorio, allí le contó el hecho a su tía Marisol Orihuela, quien a su vez le contó lo sucedido al padre de la menor, por lo que éste con la información brindada por su menor hija, procedió a buscar al imputado en el mismo lugar de los hechos, en donde lo encuentra y posteriormente lo conduce a la Comisaría.

DECIMOPRIMERO. La conducta se tipificó como delito contra la vida, el cuerpo y la salud en la modalidad de violación de menor de edad, previsto en el primer párrafo, inciso dos, del artículo ciento setenta y tres, del Código Penal.

> Artículo 173.- El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:
>
> (...)
>
> 2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años.

5. DEL ÁMBITO DE LA CASACIÓN

DECIMOSEGUNDO. Conforme se estableció en la Ejecutoria Suprema del cinco de mayo de dos mil diecisiete (foja sesenta y cinco del cuaderno de casación), el motivo del recurso es para establecer si la declaración de la víctima, sin notificación a la defensa del procesado, en un proceso inmediato, afecta o no el debido proceso.

a) El proceso inmediato y los delitos especialmente graves

DECIMOTERCERO. El proceso inmediato se sustenta, primero, en la noción de "simplificación procesal", cuyo propósito consiste en eliminar o reducir etapas procesales y aligerar el sistema probatorio para lograr una justicia célere, sin ninguna mengua de su efectividad; y, segundo, en el reconocimiento de que la sociedad requiere de una decisión rápida, a partir de la noción de "evidencia delictiva" o "prueba evidente", lo que a su vez explica la reducción de etapas

procesales o de periodos en su desarrollo[194]. Es decir el proceso adquiere eficacia y se consolida una controversia penal en tiempo breve sobre la base sustancial de "prueba evidente", su aplicación se asienta a partir de ello.

DECIMOCUARTO. De acuerdo a los incisos uno y dos, del artículo cuatrocientos cuarenta y seis, del Código Procesal Penal, y en base a la referida "simplicidad procesal", los presupuestos del proceso inmediato son: i) evidencia delictiva, y ii) ausencia de complejidad. Respecto del primero, se tiene que se da cuando se presenta delito flagrante, confesión sincera del imputado y delito evidente. Por otro lado, respecto a la ausencia de complejidad, es el inciso tres, artículo cuatrocientos cuarenta y dos, del Código Procesal Penal, el cual nos da un primer alcance de cuando nos encontramos frente a un proceso complejo, como es el caso en que exista una cantidad significativa de actos de investigación; existan numerosos delitos; cantidad importante de imputados o agraviados; se tengan que realizar pericias que comportan la revisión de nutrida documentación o complicados análisis técnicos; se requieran gestiones de carácter procesal fuera del país; se requieran llevar a cabo diligencias en varios distritos judiciales o entidades del Estado; comprenda la investigación de delitos perpetrados por integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma.

DECIMOQUINTO. Tal como lo señala el Acuerdo Plenario Extraordinario Nº 2-2016-CIJ-116, otro elemento que debe tomarse en cuenta para seguir esta vía procedimental, desde el principio constitucional de proporcionalidad, y que es un elemento implícito por la propia esencia del proceso inmediato, es la gravedad del hecho objeto de imputación desde la perspectiva de la conminación penal –en pureza, la pena esperada en atención a la culpabilidad por el hecho y por la culpabilidad del autor–. Así, a mayor gravedad del hecho, más intensa será la necesidad de circunscribir o limitar la admisión y procedencia del proceso inmediato, pues los delitos especialmente graves demandan, en sí mismos, un mayor y más profundo nivel de esclarecimiento, y una actividad probatoria más intensa y completa. Así, por ejemplo, existen en el Código Penal, delitos que son sancionados con cadena perpetua (sicariato agravado, secuestro agravado, violación de menor de edad seguida de muerte o lesión grave, robo con circunstancias especiales agravantes, extorsión agravada); con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años (feminicidio, trata de personas agravada);

---

194 Acuerdo Plenario Extraordinario Nº 2-2016/CIJ-116. FJ. 7.

o, con pena privativa de libertad no menor de quince años (ciertos supuesto de tráfico ilícito de drogas con agravantes). (fundamento jurídico diez).

Asimismo, el referido Acuerdo Plenario refiere que aun cuando la ley procesal, no se centra en la entidad del delito, sino en las nociones de evidencia delictiva y de investigación sencilla –que es lo que prima y se denomina "ámbito de aplicación"–. El Juez debe optar por un criterio seleccionador muy riguroso para aceptar la incoación de un proceso inmediato en relación con delitos que pueden traer aparejada una sanción especialmente grave, impropia, desde una perspectiva político criminal para dictarse en un proceso rápido, en la medida en que puede demandar un esclarecimiento más intenso, alejado del concepto de "mínima actividad probatoria". En todo caso, sin perjuicio de la entidad del delito, pero con mayor cuidado cuando se está ante un delito especialmente grave, el eje rector es la evidencia delictiva, que debe abarcar todas las categorías del delito, las circunstancias respectivas y los factores de medición de la pena, al punto que solo requiera de un esclarecimiento adicional mínimo, sin graves dificultades desde la actividad probatoria de los sujetos procesales –investigación sencilla– (fundamento jurídico once).

DECIMOSEXTO. Así es de establecer que no es precisa la aplicación del proceso inmediato en los casos en que el hecho punible se encuentra previsto de especial gravedad; pero además de ello es necesario verificar que el caso en concreto exija un esclarecimiento acentuado y por ende una actividad probatoria que no sea sencilla. Así, ante estas dos situaciones se debe optar por el proceso común donde la actividad probatoria se desarrolla de manera más amplia y detallada.

DECIMOSÉPTIMO. En el presente caso se trata de un delito cuya pena es de no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años de pena privativa de libertad (violación sexual de menor, previsto en el primer párrafo, inciso dos, del artículo ciento setenta y tres, del Código Penal); es decir, es un hecho punible que se encuentra revestido de especial gravedad, pues el desvalor se refleja en un quantum punitivo significativamente elevado. Además, de autos se verifica que en el caso en concreto, a dicha drasticidad punitiva se suma el hecho de que se hace necesaria actividad probatoria más amplia y completa, que solo puede ser llevada a cabo en un proceso común y no en un proceso inmediato; de allí que en el presente caso no debió efectuarse el juzgamiento bajo las reglas del proceso inmediato, precisamente por lo antes señalado.

b) Notificación a la defensa del procesado

DECIMOCTAVO. El inciso catorce, del artículo ciento treinta y nueve, del Código Procesal Penal, señala que toda persona tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad. Este derecho como parte del derecho de defensa, también se encuentra previsto en el inciso uno, del artículo IX, del Título Preliminar del Código Procesal Penal. Asimismo, el numeral b), inciso dos, del artículo setenta y uno, del Código Procesal Penal, señala que el imputado tiene derecho a ser asistido desde los actos iniciales de investigación por un Abogado Defensor.

Finalmente, constituye un principio el de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso.

DECIMONOVENO. Por otro lado, el inciso cuatro, del artículo ochenta y cuatro, del Código Procesal Penal, prevé como uno de los derechos que goza el abogado defensor, el participar en todas las diligencias, excepto en la declaración prestada durante la etapa de investigación por el imputado que no defienda.

VIGÉSIMO. En el presente caso, de autos se advierte que el día diecinueve de febrero de dos mil dieciséis, a las diez horas con treinta y nueve (véase el acta de lectura de derechos al imputado a foja veinte), se informó de sus derechos al imputado Luis Miguel Quiquia Damian, entre ellos los de contar con un abogado defensor, realizándose las diligencias pertinentes; sin embargo, al brindar su declaración, la menor agraviada de iniciales F. J. T. O, que aparece se llevó a cabo el diecinueve de febrero de dos mil dieciséis, a horas dos y cincuenta y tres de la tarde (véase a foja veintisiete), solo se advierte la presencia de la representante del Ministerio Público, la abogada de la agraviada y el imputado, sin encontrarse asesorado por un abogado defensor, lo que advierte una vulneración a la garantía del derecho a ser patrocinado por un defensor.

La celeridad e impulso del proceso para su conclusión inmediata no amerita que se deba excluir de defensor al procesado, pues hubo tiempo razonable para la debida concurrencia de este, sea particular o público, en tanto garantía de un debido proceso, pues la indefensión afecta derechos fundamentales.

VIGESIMOPRIMERO. De lo dicho, se concluye que se ha privado al imputado Luis Miguel Quiquia Damian el derecho de contar con un abogado defensor en las diligencias iniciales, pese a que desde el momento en que se le puso de conocimiento de los derechos con que contaba y se llevó a cabo la diligencia en mención, transcurrieron cuatro horas aproximadamente, privilegiándose en

el proceso la celeridad a la concreción de garantías, lo que no es posible bajo el amparo del debido proceso; por lo que es de rigor hacer palmaria la concreción de ese derecho.

Igualmente dada la naturaleza del hecho incriminado, el proceso debe llevarse a cabo bajo lógicas del proceso común, considerando para la actuación probatoria lo previsto en el Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116, pues en la línea de evitar la revictimización secundaria de una víctima solo es posible una renovada declaración bajo sus parámetros.

VIGESIMOSEGUNDO. Finalmente el encausado Luis Miguel Quiquia Damian sufrió carcelería desde el diecinueve de febrero de dos mil dieciséis en que fue notificada su detención y se le impuso prisión preventiva por el plazo de un mes, la cual se venció el diecinueve de marzo del dos mil dieciséis, encontrándose más de treinta y ocho meses en privación de su libertad; razón por la que el encausado debe acudir a las diligencias de su procesamiento bajo la medida cautelar que disponga su juzgador.

18. DE LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

287

§287. Alcance interpretativo y procedimiento de Acuerdos Reparatorios una vez iniciada la Investigación Preparatoria

Casación	437-2012-SAN MARTÍN
Fecha	19 de setiembre del 2013
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Jueces Supremos	Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Tello Gilardi, Neyra Flores y Morales Parraguez.
Disposiciones Estudiadas	Art. 2°.6 y 7. del NCPP.

RESUMEN:

Nuestro sistema procesal penal, en consideración del principio de celeridad, economía procesal y de humanización del proceso penal, reconoce instituciones que anticipan las soluciones dentro del proceso; entre ellos los Acuerdos Reparatorios. Este último consiste en la ***reparación civil que se obliga a realizar el imputado a favor de la víctima en base de un acuerdo que previamente se ha dado entre estos sujetos procesales.*** *Esto permite evitar un re-victimización institucional, promueve una mayor participación de la víctima en la cuestión penal, así como una limitación en la intervención estatal. Estos acuerdos* ***tienen la misma eficacia que una sentencia.***

Para esto se necesita que la petición sea trasladada al Fiscal Provincial, a cargo de la Investigación Preparatoria, para que con su conformidad el Juez de la Investigación Preparatoria, ***sin necesidad de audiencia alguna****, expida resolución correspondiente, previo examen del acuerdo para ver si cumple con los requisitos exigidos por ley.*

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL:

DÉCIMO: Atento a los motivos casacionales, especialmente, *primero*, en cuanto a una correcta interpretación del artículo 2[195], incisos 6[196] y 7[197] del Código Procesal Penal, referidos a la postulación de acuerdos reparatorios una vez iniciada la investigación preparatoria, se debe señalar lo siguiente:

El proceso penal es un conjunto de actos tendientes a la investigación y esclarecimiento de hechos punibles con el fin de determinar la responsabilidad penal de las personas involucradas en tales delitos y establecer su culpabilidad o reiterar su inocencia. Dentro de esta finalidad se han introducido figuras, que anteriormente no habían sido consideradas tendientes a colaborar con los principios que rigen al derecho procesal penal, permitiendo la celeridad y economía procesal, así como una mayor humanización dentro del proceso.

Así que se han incorporado mecanismos en los cuales las víctimas pueden ejercitar derechos que conlleven a una solución justa de su caso. Es decir, se tiende al reconocimiento más amplio del derecho de las víctimas en el sistema de justicia penal[198]. Bajo estos lineamientos, se inscribe el Acuerdo reparatorio regulado en el artículo 2 incisos 6 y 7 del Código Procesal Penal, como una fórmula alternativa de solución de conflictos "que busca la reparación de la víctima en determinados supuestos en los que sea posible". Este acuerdo, viene a constituirse como un mecanismo legal, que solo responde a sus demandas o necesidades reales de justicia frente a la afectación de sus derechos y bienes jurídicos protegidos, así

---

[195] Artículo 2 Principio de oportunidad.

[196] 6. Independientemente de los casos establecidos en el numeral 1) procederá un acuerdo preparatorio en los delitos previstos y sancionados en los artículos 122, 185, 187, 189-A Primer párrafo, 190, 191, 192, 193, 196, 197, 198, 205, 215 del Código Penal, y en los delitos culposos. No rige esta regla cuando haya pluralidad importante de víctimas o concurso con otro delito; salvo que, en este último caso, sea de menor gravedad o que afecte bienes jurídicos disponibles.

El fiscal de oficio o a pedido del imputado o de la víctima propondrá un acuerdo reparatorio. Si ambos convienen el mismo, el Fiscal se abstendrá de a ejercitar la acción penal. Si el imputado no concurre a la segunda citación o se ignora su domicilio o paradero, el Fiscal promoverá la acción penal. Rige en lo pertinente el numeral 3).

[197] 7. Si la acción penal hubiera sido promovida, el Juez de la Investigación Preparatoria, previa audiencia, podrá a petición del Ministerio Público, con la aprobación del imputado y citación del agraviado, dictar auto de sobreseimiento –con o sin las reglas fijadas en el numeral 5)- hasta antes de formularse la acusación, bajo los supuestos ya establecidos. Esta resolución no será impugnable, salvo en cuanto al monto de la reparación civil si ésta es fijada por el juez ante la inexistencia de acuerdo entre el imputado y la víctima, o respecto a las reglas impuestas si éstas son desproporcionadas y afectan irrazonablemente la situación jurídica del imputado.

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

como el daño causado; además, pretende la evitación de un daño mayor, como resultado directo del proceso mismo o de la posible actuación negligente de las instituciones del sistema de administración de justicia, a efecto de no incurrir en la llamada re-victimización institucional, como puede producirse a consecuencia de un proceso penal prolongado u oneroso –a pesar de la gratuidad, si se tiene en cuenta los recursos empleados, tales como: legales, tiempo, emocionales, etc. -, o de circunstancias que conlleve a la víctima a revivir situaciones traumáticas, entre otras.

Por su parte en el ámbito internacional, los "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones[199]", establece que las víctimas merecen una reparación plena bajo cinco formas, tales como: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

Estas figuras alternativas a la prosecución del proceso, se conciben como modos de auto-composición procesal, que tienen la misma eficacia que la sentencia, pero se originan, en la voluntad de las partes (fiscal, investigado y/o víctima), o bien en la declaración unilateral de una de ellas; que al igual, que la solución judicial de la Litis, por el Juez, existe la solución convencional, por el cual, las partes elevan directamente ante el Juez , sus respectivas peticiones para poner fin al proceso, con el efecto de cosa juzgada propio de la sentencia.

Estos medios alternativos a la prosecución del proceso son consideradas como formas anticipadas de solución del proceso penal y definidas como situaciones que ponen fin al juzgamiento antes de la sentencia, dentro de las que se encuentran el principio de oportunidad y los acuerdos reparatorios.

Los acuerdos reparatorios se han introducido con el cambio del ordenamiento procesal. Se consideran, como una forma de auto –composición procesal de las partes, en la cual se afecta menos la integridad personal y se evita la estigmatización del imputado y se ofrece a la víctima una respuesta de tipo económica que, de laguna manera, le permite subsanar el derecho vulnerado, catalogado en una norma, como delito.

En este sentido, deben ser entendidos como un convenio, que se puede celebrar, entre quien sea víctima de un delito y la persona a quien se le impute

---

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

participación en dicho delito (imputado), con el objeto de que el segundo, se obligue a satisfacer la responsabilidad civil proveniente de dicho delito, vale decir, que el imputado se obligue a pagar los daños materiales y morales, y los perjuicios que su acción delictiva haya acarreado. La manifestación de la voluntad debe ser libre y consciente, entre el imputado y la víctima, por medio del cual, los mismos llegan a una solución sobre el daño causado por el hecho punible, mediante la restitución, la reparación del daño causado o la indemnización de perjuicios, que son sometidos a la jurisdicción del Juez para que los apruebe o rechace antes de la sentencia definitiva.

La naturaleza jurídica de estos tipos de Acuerdos, es que son convenios de carácter consensual, bilateral, que se encuadra bajo los principios de celeridad y economía procesal, en donde prevalece el auto disposición de las partes y existe una mínima intervención del Estado.

En este contexto, cuando en el artículo 2, incisos 6 y 7 del Código Procesal Penal, regula el acuerdo reparatorio, dada su finalidad y naturaleza, una vez iniciada la etapa de investigación preparatoria, se debe entender que este mecanismo puede ser postulado por el inculpado o por la víctima (conforme a la forma prevista en el citado artículo, inciso 3, parte in fine, "acuerdo entre el imputado y la víctima, que conste en instrumento público o documento privado legalizado") de forma directa ante el Juez de la Investigación Preparatoria, especialmente, porque el propósito del acuerdo reparatorio radica en el interés entre la víctima y el imputado en celebrar el acuerdo reparatorio, cuyo objeto es la resolución alternativa del conflicto surgido, indemnizándose a la víctima con una justa reparación, además de lograrse la extinción de la acción penal, que por razones de economía procesal, constituye una solución para evitar un proceso largo y costoso.

Esta petición, planteada por el imputado, debe ser necesariamente trasladada al Fiscal Provincial, a cargo de la investigación preparatoria, para que con su opinión de conformidad u oponibilidad, el Juez de la Investigación Preparatoria, sin necesidad de audiencia de acuerdo –en tanto, son las partes quienes lo han celebrado- expida resolución correspondiente, quien, no solo homologará el acuerdo, sino que deberá examinar, evaluar y realizar un análisis que comprenda el cumplimiento de los requisitos que contempla la ley, además y de forma primordial, que quienes concurran al acuerdo, hayan prestado su consentimiento en forma libre, y voluntaria con pleno conocimiento de sus derechos, y que efectivamente se está en presencia en el contexto de la imputación de un hecho punible de los señalados en el artículo 2 en momento, inciso 6, del

indicado Código Procesal, y de cualquier otra situación que directa o paralelamente tenga incidencia dentro de los fines que justifican la existencia de dicho convenio para su posterior homologación.

No obstante, lo señalado respecto al traslado necesario al despacho del señor Fiscal Provincial, en el presente caso, en atención a que, tanto el Fiscal Provincial de la Investigación Preparatoria y el Fiscal Superior se encuentran de acuerdo con el sobreseimiento, y además a, que el representante del Ministerio Público es el que interpuso este recurso de casación, consideramos que por economía y celeridad procesal, este trámite, debe entenderse cumplido.

En esta línea de ideas, queda claro que el imputado como la víctima, una vez promovida la acción penal, tienen legitimidad material como procesal para postular el sobreseimiento en base al acuerdo, porque de un lado, el imputado pretende extinguir la responsabilidad penal, y del otro, la víctima al recurrir al sistema de justicia criminal busca obtener algún tipo d reparación o compensación de los daños causados por el delito que ha sido objeto.

Esta posición re posa no solo en las consideraciones antes expuestas, sino también, en la habilitación legal contendida en el artículo 350m inciso d), respecto a que los sujetos procesales pueden peticionar el sobreseimiento del proceso. Distinta es la legitimidad para solicitar el sobreseimiento teniendo como presupuesto el retiro o desistimiento del ejercicio de la acción penal, respecto a la cual, qué duda cabe, que recae única y exclusivamente en el Representante del Ministerio Público.

Por todo lo cual se concluye, que la postura del procesado Cesar Vicente Horna Tirado, en postular de forma directa ante el Juez de la investigación preparatoria el acuerdo reparatorio es válido y acorde con la finalidad y naturaleza del mismo, sin que se le sea exigible una finalidad determinada, mas que el consenso con la víctima de resarcirle el daño en la forma y el modo que ellos pacten, pues el pronunciamiento de retiro de las consecuencias jurídicas penales por el hecho delictivo corresponden tanto al Fiscal Provincial como al Juez encargado de resolver el pedido.

288

§288. Absolución, sobreseimiento y reparación civil. Prescripción y caducidad en ejecución de sentencia en el proceso penal

Acuerdo Plenario	04-2019/CIJ-116
Fecha	10 de setiembre de 2019
Procedencia	Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República. XI Pleno Jurisdiccional.
Ponentes	San Martín Castro, Neyra Flores, Sequeiros Vargas, Chávez Mella y Castañeda Espinoza.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Figueroa Navarro, Balladares Aparicio, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Castañeda Espinoza, Núñez Julca, Castañeda Otsu, Sequeiros Vargas, Pacheco Huancas, Guerrero López, Chávez Mella.
Disposiciones estudiadas	Art. 433.4 del NCPP

RESUMEN:

La acción civil ex delicto es ejercida dentro del proceso penal, procurando una reparación del daño causado por la comisión del delito. Es evidente que del delito no nace la acción civil, como tampoco hay obligaciones civiles que nazcan de los delitos. Esa responsabilidad no nace porque el hecho sea delito, sino porque el hecho produce el daño o porque el implica un menoscabo patrimonial a la víctima.

La garantía de tutela jurisdiccional de la víctima debe ser respetada en el proceso penal, bajo un sistema como el francés –que sigue nuestro Código Procesal Penal– que prevé el proceso civil acumulado al penal.

Si no existe actor civil constituido en autos, la legitimación activa la tiene el Ministerio Público. No existen mayores inconvenientes cuando la requisitoria escrita del fiscal es acusatoria. Si el perjudicado no se constituyó en actor civil, el fiscal debe introducir motivadamente la pretensión civil (causa de pedir y petición), con la solicitud probatoria que corresponda.

FUNDAMENTOS VINCULANTES:

§ 3. Naturaleza jurídica de la acción civil ex delicto

25. La acción civil ex delicto es ejercida dentro del proceso penal, procurando una reparación del daño causado por la comisión del delito. Según SAN MARTÍN CASTRO:

> "El delito es una especie de acto ilícito. La conducta que la ley penal califica de delito es a la vez fuente de obligaciones civiles si lesiona derechos subjetivos o intereses protegidos privados [GÓMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA]. [...] La acción, en rigor, no es ex delicto, sino ex damno. [...] La acción civil es independiente a la penal –aunque los hechos históricos coincidan en parte en su decurso natural, que no jurídico–, esa independencia es la que supone que la legitimación se establezca en atención a la acción ejercida. Así, por ejemplo, la inexistencia del delito, por cualquier causa, no entraña necesariamente la de la acción civil".

Concretando estas ideas, cabe enfatizar, siguiendo a CORTÉS DOMÍNGUEZ, que es evidente que del delito no nace la acción civil, como tampoco hay obligaciones civiles que nazcan de los delitos. Esa responsabilidad no nace porque el hecho sea delito, sino porque el hecho produce el daño o porque el implica un menoscabo patrimonial a la víctima. La relación jurídica material, siempre, es de derecho privado y participa del carácter dispositivo de las acciones reguladas en la Ley procesal civil. No pierde su naturaleza civil por el hecho de ser ejercitada en el proceso penal y solo podrá iniciarse a instancia de parte. Su contenido y extensión han de calibrarse con arreglo a la normativa civil aplicable, siempre que no exista un especial precepto penal que modifique su régimen.

Asimismo, destacan COBO-VIVES, amparándose en MANTOVANI, que el daño resarcible, o daño civil, es distinto del que pudiera denominarse daño penal. Este último se halla constituido por la ofensa al bien jurídico, mientras que el primero consiste en las pérdidas patrimoniales y en los sufrimientos de toda índole padecidos por la víctima.

Los fines de la sanción penal y de la reparación del daño son diferentes. En el primer caso, persiguen primordialmente, aunque no exclusivamente, fines preventivos –evitar futuros delitos–. Por el contrario la responsabilidad civil busca únicamente reparar el daño causados a los perjudicados. Son, pues, dos obligaciones autónomas, con presupuestos, contenido y finalidades distintos.

26. La acción civil ex delicto en el proceso penal, ejercitada por el perjudicado por el delito o, en su defecto, por el Ministerio Público –supuesto en el que, enseña GIMENO SENDRA, actúa mediante legitimación derivada o por sustitución –, genera un proceso civil acumulado al proceso penal, una acumulación heterogénea de acciones (penal y civil), bajo propios criterios de imputación jurídica. El perjudicado por el delito tiene la potestad, indistinta, de incoar la acción civil en el proceso penal o recurrir al proceso civil, como dispone el artículo 12, apartado 1, del CPP. La relación entre objeto penal y objeto civil estriba en que se trata unos mismos hechos cometidos por una misma persona (dos objetos interrelacionados en un mismo procedimiento), a partir de los cuales se fijan las consecuencias jurídicas que cada Derecho material prevé. La opción de acudir a una u otra vía (proceso penal o proceso civil) fija, por tanto, una litis pendencia –de ahí, que salvo excepciones legalmente previstas, escogida una vía se cierra la otra (artículo 12, apartados 1 y 2, del CPP)–.

El fundamento de la denominada "responsabilidad civil ex delicto" lo constituye el menoscabo material o moral producido por la actuación ilícita –las singularidades de antijuricidad y tipicidad específicas de lo penal en ningún caso caracterizan la obligación de reparar a la que nada añaden dichas circunstancias–. La obligación de reparar nace como consecuencia de la producción de un daño ilícito y atribuible al sujeto mediante el oportuno criterio de imputación. En cuanto al contenido de la obligación, en la responsabilidad civil pura como en la ex delicto lo único que se comprende es el restablecimiento del desequilibrio patrimonial que la infracción ha ocasionado; y, ambas responden a una única finalidad, que no es otra que la de atender a un interés privado como es el de reparar el menoscabo patrimonial o moral producido en la esfera jurídico-privada de un sujeto particular. Luego, la responsabilidad civil ex delicto y la extracontractual son

una única institución, y su eje ricio importa una única acción civil, aunque con la posibilidad de un concurso de normas –las del Código Civil y las reguladas en el Código Penal–.

Menciona al respecto GÓMEZ COLOMER que de todas consecuencias jurídico civiles que se pueden producir a causa del daño derivado de la comisión de un hecho punible en cuanto acción ilícita, la ley penal solamente considera que pueden acumularse en el proceso penal tres: la restitución de la cosa, la reparación del daño causado y la indemnización de perjuicios derivados de la comisión de ese hecho. Se trata, entonces, de las prestaciones estrictamente necesarias para reparar el daño causado a los particulares.

La acción penal y la acción civil derivadas del hecho delictivo tienen una indudable autonomía, sin que por tanto la respuesta penológica de la norma penal condicione ni afecte, en su caso, ni la existencia ni a la cuantía de la correspondiente obligación indemnizatoria. Por consiguiente, la responsabilidad civil "ex delicto", cualquiera que sea la vía procesal elegida para su reclamación no exige para su efectividad que la prueba de la existencia del daño o del perjuicio causados por los hechos perpetrados. Incluso, como el Código Procesal Penal reconoce, la perspectiva civil del hecho objeto del proceso permite apreciar y calificar sus efectos que los mismos se deriven de manera plenamente autónoma, ya que fuera del supuesto de declaración de que el hecho no existió, esto es, salvo el caso de declararse probado que el acto o la omisión no existió objetivamente, el órgano jurisdiccional tiene facultad no solamente para encuadrar el hecho específico en el ámbito de la culpa extracontractual, sino también para apreciar las pruebas obrantes en juicio y sentar sus propias deducciones en orden a la realidad fáctica .

En cuanto a los criterios de imputación civil, se tiene: (i) que la tipicidad, que constituye el presupuesto esencial para que surja la responsabilidad penal, falta por completo en la responsabilidad civil ex delicto; (ii) que si bien la antijuricidad es presupuesto ineludible en ambas clases ilícitos, la concurrencia de la tipicidad en la infracción penal y su ausencia en el ilícito civil determina que en cada una de esas disciplinas jurídicas la contrariedad al derecho tenga un significado distinto –en Derecho civil basta la causación de un daño en intereses jurídicos ajenos–; (iii) que la concurrencia de dolo o

culpa constituye presupuesto común, pero no imprescindible, de la responsabilidad civil derivada del delito –el Código Civil prevé casos de inculpabilidad en los que la obligación privada se mantiene, otros en los que la responsabilidad civil recae en persona distinta a la que cometió el delito, y finalmente en los que se recogen próximos a la responsabilidad objetiva–; (iv) la punibilidad implica, precisamente la posibilidad potencial de aplicar una pena, nunca una sanción civil; y, (v) en lo respecta a los presupuestos de la responsabilidad privada, el único factor esencial para que concurra el ilícito civil es el daño, elemento que, por el contrario, no está siempre presente en el ilícito penal.

§ 4. Primera situación problemática: absolución, sobreseimiento y reparación civil

27. El artículo 12, apartado 3, del Código Procesal Penal, define un marco de autonomía para el ejercicio de la acción civil *ex delicto* respecto de la acción penal. Señala, sobre el particular, que "La sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirá al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda". El titular de la acción civil es el perjudicado por el hecho ilícito, es decir, el que sufrió el daño respectivo, como acota el artículo 11 del Código Procesal Penal. El Ministerio Público, en estos casos, tiene una legitimación derivada o por sustitución procesal. Por tal razón, es que el artículo 11, numeral 1, del citado Código estipula que "[...] si el perjudicado se constituye en actor civil, cesa la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso".

28. Como se trata de una acción civil, de derecho privado, rige el principio de rogación o dispositivo. Solo puede mediar un pronunciamiento civil en la resolución judicial si ha sido pedida por la parte legitimada (art. 98 del Código Procesal Penal). Empero, en caso de sobreseimiento, si no existe actor civil constituido en autos, es evidente, al mediar distintos criterios de imputación para definir la responsabilidad civil, que corresponde, previamente, instar al Fiscal –si no lo hubiera hecho– una definición específica sobre este ámbito –no se le obliga que requiera una reparación civil, sino que se pronuncie sobre ella-.

Recuérdese que se trata de una acumulación heterogénea de acciones, penal y civil –salvo renuncia expresa del perjudicado por el daño o su precisa indicación de que accionará en la vía civil en un proceso independiente–, por lo que es pertinente exigir que la requisitoria del fiscal, si no se incorporó el perjudicado como actor civil, sea integral; esto es, comprenda lo penal y lo civil. En caso exista actor civil constituido en autos, ante el requerimiento no acusatorio, y más allá de la oposición que pueda plantear contra este ámbito del proceso jurisdiccional, tendrá que pedírsele, igualmente, un pronunciamiento expreso acerca del objeto civil, para someterlo a contradicción.

29. La garantía de tutela jurisdiccional de la víctima debe ser respetada en el proceso penal, bajo un sistema como el francés –que sigue nuestro Código Procesal Penal– que prevé el proceso civil acumulado al penal. Lo que el nuevo Estatuto Procesal matiza es que el Fiscal es, como se apuntó, un sustituto derivado que solo intervendrá en el objeto civil cuando el perjudicado decide formalmente no introducir la pretensión civil o indica expresamente que ejercerá la acción civil en un proceso civil aparte (artículo 12, apartado 1, del Código Procesal Penal). Por ende, salvo estas excepciones, el ejercicio de la acción civil derivada del hecho punible corresponde al Ministerio Público (artículo 11, apartado 1, primera oración, del Código Procesal Penal).

Es obvio que si no existe actor civil constituido en autos, la legitimación activa la tiene el Ministerio Público. Por ello, en su requerimiento –acusatorio o no acusatorio– debe incorporar una sección dedicada al objeto civil. Corresponde al juez, como titular de la función jurisdiccional y garante del cumplimiento de los presupuestos procesales respectivos, examinar la requisitoria escrita del fiscal y, en su caso, de oficio, devolverla si falta un planteamiento explícito sobre este ámbito civil. Es claro que si el fiscal pide una reparación civil, a pesar del requerimiento de sobreseimiento, debe ofrecer la prueba pertinente para su actuación, bajo el principio de contradicción, en el juicio oral.

No existen mayores inconvenientes cuando la requisitoria escrita del fiscal es acusatoria. Si el perjudicado no se constituyó en actor civil, el fiscal debe introducir motivadamente la pretensión civil (causa de pedir y petición), con la solicitud probatoria que corresponda –el derecho indemnizatorio de la víctima debe ser garantizado en

todo momento–. El órgano jurisdiccional garantizará un debate contradictorio al respecto y en la sentencia, así emita una absolución penal, también debe pronunciarse sobre el objeto civil; no hacerlo importará una vulneración del principio de exhaustividad.

30. No es obstáculo a todos estos efectos que no existan reglas más precisas en el Código Procesal Penal. Este Cuerpo de Leyes, unido al Código Penal, incorporó dos directivas legales fundamentales: (i) la autonomía de la acción civil frente a la penal; y, (ii) la necesidad de un pronunciamiento expreso sobre la materia. Se reconoce, por tanto, la posibilidad real de que pese a un sobreseimiento o una absolución –en función a los diferentes criterios de imputación del Derecho penal y el Derecho Civil– corresponda imponer una reparación civil.

    En la etapa intermedia, en la audiencia preliminar respectiva, será de rigor cuidar que las partes se pronuncien sobre el particular y, en su caso, que se ofrezcan las pruebas que correspondan (pruebas y contrapruebas) –función de saneamiento procesal propia de la etapa intermedia–. Es necesario, como ya se indicó, un pedido expreso de la parte legitimada, un trámite contradictorio y una decisión específica del órgano jurisdiccional sobre el objeto civil, al igual que sobre el objeto penal.

31. La competencia funcional para definir, con la intervención de las partes legitimadas, las bases de la pretensión civil –admisibilidad y procedencia– y la admisión de los medios de prueba corresponden, como es lógico, al Juez de la Investigación Preparatoria en cuanto tiene el señorío de la etapa intermedia. Acto seguido, la decisión acerca de la fundabilidad o no de la reparación civil incumbe al Juez Penal en el curso de la audiencia correspondiente. Si el Fiscal introdujo la pretensión penal y la pretensión civil en su acusación el Juez Penal, unipersonal o colegiado, corresponderá decidir al Juez Penal competente según la entidad del delito acusado (confróntese.: artículo 28, numerales 1 y 2, del CPP). Empero, si clausurada la pretensión penal tras el auto de sobreseimiento y, por tanto, admitida y declarada procedente, cuando sea de rigor, la pretensión civil en la etapa intermedia –con la definición de los medios de prueba que deberán actuarse–, es de reiterar que en el acto oral solo se debatirá –actuación probatoria y alegación sobre ella– la pretensión civil –con la intervención como parte demandante del actor civil o, en su

defecto, del Ministerio Público, según correspondiere–. En estos casos la competencia funcional siempre estará a cargo del Juez Penal Unipersonal, que es la pauta seguida en la justicia civil: solo un juez conoce en primera instancia de la pretensión civil.

45. En virtud del principio de legalidad, el plazo previsto en el inciso 1 del artículo 2001 del CC, según el cual prescriben, salvo disposición diversa de la ley, «a los diez años, la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico», de ningún modo puede ser considerado un plazo de caducidad. Al ser un plazo de prescripción se produce la interrupción por los actos de la parte agraviada tendientes a conseguir el pago efectivo del monto de la reparación civil de acuerdo a los supuestos de hecho contemplados en el artículo 1996 del CC.

    En ese sentido, en forma peculiarmente esclarecedora, ARIANO DEHO, indica que:

    > "[...] aunque la ley no lo diga, en los casos de los incisos 1 y 2 del artículo 1996 el momento de la interrupción coincide, sin solución de continuidad, con el momento del reinicio del decurso prescriptorio. Un "reinicio" que puede sucederse cuantas veces se produzca alguna de las conductas indicadas en los incisos 1 y 2 del artículo 1996, por lo que, en buena cuenta (clarísimo en las relaciones obligatorias) está en las manos de los sujetos de la relación jurídica el que el perfeccionamiento de primera fase del fenómeno prescriptorio (artículo 2002) se prorrogue sucesivamente [...]".

46. Sobre ese tema es indudable que al emitirse una sentencia penal condenatoria y quedar firme (consentida o ejecutoriada), el derecho a solicitar el pago de la reparación civil por la parte agraviada no se canaliza a través de una «acción» en el concepto procesal y común del término jurídico actualmente aceptado (como derecho público subjetivo y abstracto de todo ciudadano para solicitar justicia ante el órgano jurisdiccional); sin embargo, cabe aclarar que, en este caso, dicha palabra tiene, en ese dispositivo, la acepción de *actio judicati*, respecto de la cual explica MANUEL OSORIO que constituye: «[...] la acción derivada del juicio. En el procedimiento formulario, la correspondiente contra el demandado que, luego de la condena

en juicio, no ejecutaba voluntariamente la sentencia del magistrado». Por la misma razón, su naturaleza es determinada legislativamente por razones de orden público.

47. Al respecto, es necesario aclarar que la caducidad del pago de la reparación civil no está regulada en el proceso penal ordinario de 1940 ni en el Código Procesal Penal de 2004. Por tanto, no puede aplicarse un plazo legal establecido para la prescripción, que admite interrupciones, como uno de caducidad frente a una situación fáctica no prevista legalmente para tal fin.

48. Ahora bien, es evidente que, cuando se trata de la prescripción, no basta el mero vencimiento del plazo legal para que se produzca el efecto extintivo, sino que, para ello, se requiere de la «voluntad» de quien podría favorecerse con ella: «[...] todo evento que manifiesta la vitalidad de la relación jurídica –reconocimiento del derecho ajeno, intimaciones, entre otros– produce el efecto de 'cortar' el plazo desde el momento que llega a conocimiento de la contraparte de la relación jurídica [...]» .

De ahí que, en el caso de la prescripción, sea además necesaria la inacción del titular del derecho; en consecuencia, su interrupción depende de los supuestos contemplados en el artículo 1996 del Código Civil que contempla específicamente los supuestos fácticos para la misma.

III
DERECHO DE EJECUCIÓN PENAL

1. EJECUCIÓN DE LA PENA

289

§289. Libertad anticipada: Precisiones

Casación	251-2012- LA LIBERTAD
Fecha	26 de setiembre de 2013
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Villa Stein.
Jueces Supremos	Villa Stein, Pariona Pastrana, Tello Gilardi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. 401 del NCPP
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	3º Considerando

RESUMEN:

La libertad anticipada constituye una institución de naturaleza procesal solo citada en la norma y no desarrollada por el legislador, no siendo correcto inferir del inciso tres del artículo cuatrocientos noventa uno del Código Procesal Penal, su estructura, presupuestos, operatividad y efectos que permitan la aplicación de esta medida.

FUNDAMENTOS:

3. DEL MOTIVO CASACIONAL: PARA EL DESARROLLO DE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL:

Que, el recurso de casación por su naturaleza extraordinaria tiene como fin el resguardo del principio de igualdad ante la ley, a efectos de asegurar la interpretación unitaria de la ley penal o procesal penal, en concordancia sistemática con el ordenamiento jurídico.

Que, como se ha dejado anotado en los considerandos precedentes, el objeto de análisis para esta Sala suprema es la necesidad de desarrollo de la doctrina jurisprudencial respeto a la libertad anticipada, regulada en el inciso tres, del articulo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal; debiendo efectuar algunas precisiones de carácter aplicativo, a fin de uniformizar los criterios divergentes de los Magistrados que conforman los órganos jurisdiccionales encargados de la aplicación del Código Procesal Penal.

1.1. La libertad anticipada.

Que, la el articulo cuatrocientos y uno del Código Procesal Penal regula lo concerniente a los incidentes de modificación de la sentencia, y en su inciso tres señala: "... Los incidentes relativos a la libertad anticipada, fuera de los beneficios penitenciarios de semilibertad y libertad condicional y de la medida de seguridad privativa de libertad, y aquellos en los cuales, por su importancia, el Juez de la Investigación preparatoria lo estime necesario, serán resueltos en audiencia oral, por los órganos de prueba que debe informar durante el debate...". La misma norma, invoca la figura de la libertad anticipada como una institución cuyo cauce procedimental se realizará vía incidental y, de otro lado, la distingue de los beneficios penitenciarios; sin embargo, no existe un tratamiento o desarrollo legal, que regule en qué delitos procede, ni cuáles son los presupuestos y requisitos que permitan al órgano jurisdiccional competente aplicar tal figura jurídica (tampoco se encuentra regulado en el Código Penal, ni en el Código de Ejecución penal).

Sin embargo, la Sala Penal Permanente de Apelación de Huaura, Expediente número cero doscientos guion dos mil nueve guion sesenta y tres y el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo, Expediente número cinco mil trescientos treinta y nueve guion dos mi siete, guion siete, han declarado procedente la solicitud de libertad anticipada en los siguientes supuestos:

a) cuando el condenado se encuentra próximo a fallecer o con una enfermedad muy grave debidamente acreditado;

b) cuando ha sido revocada la suspensión de la ejecución de la pena de un condenado por delito de Omisión a la Asistencia Familiar, por incumplimiento del pago de las pensiones devengadas y de la reparación civil, el cual tras la revocación de la suspensión de la pena, efectuará el pago de pensiones devengadas y de la reparación civil, como se advierte en el presente caso; y,

c) como consecuencia de la conversión de la pena.

Siendo así, el desarrollo de la libertad anticipada debe ser realizada por el Poder Legislativo, pues se desprende del tenor de la norma analizada –inciso tres del artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal– que no existe desarrollo normativo al respecto, toda vez que el legislador no ha regulado los presupuestos materiales, ni ha fijado los parámetros, reglas ni requisitos bajo los cuales el sentenciado deba acceder a la libertad anticipada, limitándose a mencionar tal denominación, sin que la escueta exposición de motivos del Código Procesal Penal, haga alguna mención a ello, no existiendo antecedentes en nuestra legislación al respecto. Asimismo, el artículo ciento dos de la Constitución Política del Estado establece como una atribución del Poder Legislativo: "... *Dar leyes y resoluciones legislativas...*", en tal virtud, las disposiciones legales de obligatorio cumplimiento, que deben servir como reglas de juego para el desarrollo de un proceso judicial o en ejecución de la sentencia dictada, deben estar claramente establecidas vía la norma jurídica habilitante; siendo labor del órgano judicial efectuar la debido interpretación y aplicación de esta a cada caso concreto: por tanto, si bien el inciso ocho, del artículo ciento treinta y nueve de nuestra Carta Magna, señala "...*El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la Ley...*", sin embargo, dicha actuación judicial complementario y de alcance jurídico para las denominados "lagunas del derecho" se podrían superar en tanto, sea factible:

a) la aplicación supletoria de otra norma jurídica o rama del derecho,

b) la interpretación extensiva,

c) la analogía, y/o

d) acudir a otras fuentes del derecho, como lo es la costumbre o los principios generales del derecho; *empero en el caso concreto, la figura de la libertad anticipada, tal como está orientada en el inciso tres, del artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal como instituto diferente a los beneficios penitenciarios, no solo carece de correlación legislativa con otras legislaciones, internacionales, sino que tampoco lo tiene con otras ramas del derecho específicas; asimismo, realizar otra interpretación extensiva o por analogía de dicha figura conllevaría a colisionar con otros mecanismos debidamente normados y regulados* (como vendría a ser la conversión de la pena, beneficios penitenciarios e inclusive el indulto humanitario), y, finalmente, estando a la naturaleza y consecuencia que acarrearía su aplicación sería riesgoso que se limite a la costumbre o a otros principios generales del derecho su vigencia, dado que ello podría desnaturalizar y desbordar los alcances que el legislador ha querido estipular para su

aplicación; en tales condiciones no es factible –tarea del juzgador– crear procedimientos legales ni realizar una aplicación subjetiva de normas inexistentes, cuando ello colisiona con la interpretación sistemática que de un cuerpo normativo se deba realizar, generando un desorden y confusión de índole jurídico aplicativo, que pondría en serio riesgo la uniformidad y congruencia de un cuerpo normativo, generando decisiones judiciales de libertad anticipada en forma no regulada, abierta e indiscriminada; vulnerándose así el principio de legalidad previsto en el artículo dos del Título Preliminar del Código Penal. De igual forma, implica un impacto social negativo, pues desnaturaliza su finalidad –en efecto, no podría construirse jurídicamente su afirmación, en los casos en que su incoación, se encuentre antecedida del cumplimiento tardío de una obligación, pues con ello se estaría fomentando una cultura de cumplimiento de la obligación (básicamente alimentaria) solo como última solución para el condenado, a fin que recupere en ese modo su libertad ambulatoria–; ya que el Juzgador en virtud a una interpretación eminentemente subjetiva y amplia, desconoce la cosa juzgada, la seguridad jurídica y la tutela jurisdiccional efectiva.

En tal sentido, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República se ha pronunciado en la sentencia casatoria número ciento ochenta y nueve guion dos mil once, que estableció; "*...al no estar reglada la libertad anticipada en nuestro ordenamiento jurídico procesal, existe impedimento normativo para que el Juez lo otorgue; por tanto, si bien existe la necesidad de desarrollar respuestas jurídicas a los casos de petición de libertad anticipada, consideramos que ella debe ser realizada por el Poder Legislativo, por lo que, no procede su aplicación en tanto no exista regulación específica motivada con fundamentos constitucionales al respecto, que no colisionen con los derechos constitucionales, referidos a! principio de legalidad, de cosa juzgada y de tutela jurisdiccional efectiva, previstos en el artículo dos, acápite veinticuatro, inciso d) y el articulo ciento treinta y nueve, inciso dos y tres de la Constitución Política del Estado, respectivamente*"; por consiguiente, no se puede pretender distinguir ahí donde la ley no distingue.

290

§290. Control judicial en la Ejecución de la pena

Casación	118-2010-CUSCO
Fecha	05 de mayo del 2011
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodriguez Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores y Calderón Castillo.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 2°.24.d) y 139°.3 de la Const. Y arts. 28°, 29°.4, 488°, 489° y 491° del NCPP.

RESUMEN:

El cumplimiento de la ejecución de la pena ***está bajo control judicial****. El Poder Judicial no puede renunciar a este ámbito del proceso penal, destinado precisamente a la realización judicial de las consecuencias jurídicas, civiles y penales, establecida en la sentencia firme que se erige en el título de ejecución –dar cumplimiento al mandato establecido en la sentencia-.*

Urge la pronta ejecución de una medida determinada, quien es ajeno a la potestad jurisdiccional y, precisamente, la solicitud que corresponda ***se formula ante el Juez que tiene la competencia funcional que le es propia.***

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL:

SEGUNDO: Que al respecto es del caso indicar que el proceso penal de ejecución, como corresponde a su naturaleza jurisdiccional, está bajo la dirección del Órgano Jurisdiccional. La ejecución de lo juzgado integra la potestad jurisdiccional, de suerte, que conforme a la garantía de ejecución, que integra el principio de legalidad penal (artículo dos apartado veinticuatro, literal d) de la Constitución, '...la ejecución de la pena será intervenida judicialmente'-que traduce la idea de control judicial de su cumplimiento-. Ello es así en cumplimiento de la garantía judicial de tutela jurisdiccional efectiva

(artículo ciento treinta y nueve, apartado tres, de la Constitución), que impone la existencia de un control jurisdiccional sobre toda la fase de ejecución en atención a los derechos e intereses legítimos que pueden ser afectados. El Poder Judicial no puede renunciar a este ámbito del proceso penal, destinado precisamente a la realización judicial de las consecuencias jurídicas, civiles y penales, establecida en la sentencia firme que se erige en el título de ejecución –dar cumplimiento al mandato establecido en la sentencia-, y la forma cómo interviene en este tipo de proceso es la trazada por la ley ordinaria.

TERCERO: Que, como regla general, conforme al artículo veintinueve, apartado cuatro del nuevo Código Procesal Penal, corresponde al Juez de la Investigación Preparatoria conducir la ejecución de la sentencia. Esta competencia funcional genérica ha sido ratificada por el artículo cuatroscienos ochenta y nueve del acotado Código, que impone al citado Juez la atribución de practicar las diligencias necesarias para la ejecución de las sanciones penales.

Debe señalarse que del mismo modo normativamente se ha previsto que los Juzgados Penales, sean Unipersonales o Colegiados, tienen a su cargo decisiones que conciernen a la ejecución de sentencia, conforme se puede verificar del tenor del artículo veintiocho, apartado cuatro y cinco, del nuevo Código Procesal Penal, concordante con el artículo cuatrocientos noventa y uno, apartado cuatro y cinco, del indicado Estatuto Procesal. Por otro lado, el artículo cuatrocientos ochenta y ocho del nuevo Código Procesal Penal reconoce los derechos y facultades que tienen las partes en el proceso penal de ejecución. Todas ellas están facultadas para plantear al Juez los requerimientos y observaciones que legalmente correspondan en este ámbito (comprende la sanción penal, la reparación civil y las consecuencias accesorias impuestas en la sentencia). El apartado tres del indicado precepto impone al Fiscal una atribución adicional: controlar la ejecución de las sanciones penales en general; control que se materializa '...instando las medidas de supervisión y control que correspondan, y formulando al Juez de la Investigación Preparatoria los requerimientos que fueran necesarios para la correcta aplicación de la Ley'. El control a que se refiere el precepto analizado es de carácter externo. El Fiscal por su condición de 'Guardián de la Legalidad' y titular de la acción penal tiene injerencia para instar –pedir imperiosamente- medidas de supervisión y control, así como para formular requerimientos en orden a la correcta aplicación de la ley –facultad que a su vez debe concordarse, en lo pertinente, con la Ley Orgánica del Ministerio Público, específicamente el artículo noventa y cinco, inciso ocho y nueve-. Sólo insta, esto es, urge la pronta ejecución de una medida determinada, quien es ajeno a la potestad jurisdiccional y, precisamente, la solicitud que corresponda se formula ante el Juez que tiene la competencia funcional que le es propia.

291

§291. Control y ejecución de la sentencia penal

Casación	120-2010-CUSCO
Fecha	05 de mayo del 2011
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodriguez Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores y Calderón Castillo.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 29.4°, 488° y 489° del NCPP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	4°, 5° y 6°

RESUMEN:

El Fiscal como guardián de la legalidad y titular de la acción penal, tiene injerencia para instar –pedir imperiosamente- medidas de supervisión y control, así como para formular requerimientos en orden a la correcta aplicación de la ley al Juez de la Investigación Preparatoria.

La diferencia entre "control" y "ejecución" debe entenderse, en el primer caso, como comprobar el cumplimiento de las sanciones penales, fiscalizar las mismas e intervenir para exigir su cumplimiento total; en cambio, cuando se hace referencia a la "ejecución" de la sanción penal, significa llevar a la práctica o realizar una orden, cumplir una orden en virtud del mandado judicial.

FUNDAMENTOS:

CUARTO: Que, conforme se ha sostenido en la resolución que declara bien concedido el recurso de casación excepcional interpuso por el Fiscal al señalar en su considerando sétimo que sobre el particular existe una sentencia casatoria que interpretó y esclareció esta controversia, esto es, ¿quién se encarga del control y quién de la ejecución de la sentencia?; en tal sentido, se citó como regla general el artículo veintinueve, apartado cuarto del nuevo Código Procesal Penal, que

dispone, '...que corresponde al Juez de la Investigación Preparatoria conducir la ejecución de la sentencia. Esta competencia funcional genérica ha sido ratificada por el artículo cuatrocientos ochenta y nueve del citado código, que impone al Juez la atribución de practicar las diligencias necesarias para la ejecución de las sanciones penales.

QUINTO: Que, en el mismo sentido, el argumento sostenido por la Sala Penal de Apelaciones del Cusco, referido, a que según su criterio emerge una nueva aplicación con el nuevo Código Procesal Penal al surgir un cambio estructural en las formas y prácticas del proceso penal ordinario, que tal apreciación también ha sido dilucidada en la sentencia casatoria número setenta y nueve – dos mil nueve, del diecisiete de septiembre de dos mil diez, emitida por la Sala Penal Permanente, en la que se señaló "...el artículo cuatrocientos ochenta y ocho del nuevo Código Procesal Penal reconoce derechos y facultades que tienen las partes en el proceso penal de ejecución, todas ellas están facultadas para plantear al Juez los requerimientos y observaciones que legalmente corresponden a este ámbito (comprende, como es obvio, la sanción penal, la reparación civil y las consecuencias accesorias impuestas en la sentencia). El apartado tres del indicado precepto impone al Fiscal una atribución adicional: controlar la ejecución de las sanciones penales en general; control que se materializa '...instando las medidas de supervisión y control que correspondan, y formulando al Juez de la Investigación Preparatoria los requerimientos que fueren necesarios para la correcta aplicación de la Ley'. El control a que se refiere el precepto analizado es de carácter externo. El Fiscal por su condición de guardián de la legalidad y titular de la acción penal, tienen injerencia para instar –pedir imperiosamente- medidas de supervisión y control, así como para formular requerimientos en orden a la correcta aplicación de la ley ...".

SEXTO: Que, la diferencia subsiste entre los términos de control y ejecución al que se refiere el artículo cuatrocientos ochenta y ocho del Código Procesal Penal, debe entenderse, en el primer caso, como comprobar el cumplimiento de las sanciones penales, fiscalizar las mismas e intervenir para exigir su cumplimiento total; contrariamente a ello, cuando se hace referencia a la 'ejecución' de la sanción penal, significa llevar a la práctica o realizar una orden, cumplir una orden en virtud del mandado judicial; por lo tanto, es esta y no otra la interpretación que se debe brindar a los términos en comentario, no existiendo ninguna variación en el órgano encargado de la ejecución de sentencia como erróneamente lo menciona la Sala Penal de Apelaciones de Cusco al sostener que ahora, en el nuevo Código Procesal Penal correspondería al Ministerio Público ser el órgano donde debería comparecer el sentenciado a justificar sus actividades y firma el libro respectivo de control".

292

§292. Suspensión de ejecución de la pena

Recurso de Nulidad	3037-2015- LIMA
Fecha	05 de abril de 2016
Procedencia	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Ponente	Neyra Flores.
Jueces Supremos	Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Hinostroza Pariachi, Neyra Flores.
Disposiciones estudiadas	Art. IX del TP y 57° del CP.

RESUMEN:

La suspensión de la ejecución de la pena busca evitar los efectos criminógenos de la cárcel, sobre todo de los agentes primarios. . Siempre que se cumplan las requisitos del artículo cincuenta y siete del Código Penal.

FUNDAMENTOS:

QUINTO: La pena tiene par función, de acuerdo con el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal, la resocialización del sentenciado, lo cual es aplicación directa del inciso veintidós del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución que establece que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

SEXTO: La suspensión de la ejecución de la pena busca evitar las efectos criminógenos de la cárcel, sobre todo de los agentes primarios. Siempre que se cumplan las requisitos del artículo cincuenta y siete del Código Penal:

i) La pena impuesta no sea mayor de cuatro años.

ii) La naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir que no volverá a cometer un nuevo delito.

iii) No tenga calidad de reincidente ni habitual.

SÉPTIMO: En el presente caso la pena impuesta es de tres años. Asimismo, no tiene calidad de reincidente ni habitual, por lo que se cumplen estos requisitos.

Octavo: En cuanto al segundo requisito, se debe justificar explícitamente la probabilidad de no reiteración delictiva, teniendo en cuenta:

i) La naturaleza y modalidad del hecho punible: el bien jurídico vulnerado, la gravedad el injusto.

ii) La personalidad del agente: el comportamiento procesal, la vida previa, antecedentes, actitud frente al trabajo, condiciones familiares, arrepentimiento y reparación del daño causado por parte del sentenciado.

NOVENO: Sobre el primer requisito, la afectación a la correcta administración pública consistió en que como Secretario de Juzgado de Paz Letrado, solicitó doscientos nuevos soles para influir en un embargo a favor de la demandante en un proceso de alimentos.

DÉCIMO: Sobre el segundo aspecto, debe valorarse que es agente primario, trabajó como auxiliar jurisdiccional, sin conocerse que haya estado implicado en situaciones similares, antes de su ingreso al penal laboraba como abogado particular, como se ve de los acompañados de su recurso y tiene hijos menores. Si bien tenía la condición de reo contumaz, debe valorarse que se acogió a la conformidad. Además, fue recluido el veintisiete de mayo de dos mil cinco hasta el dieciséis de septiembre del mismo año, es decir, tres meses y once días, siendo recluido nuevamente el once de septiembre de dos mil quince a la fecha, es decir, seis meses y veinticinco días.

DÉCIMO PRIMERO: Estando a que todos los presupuestos del artículo cincuenta y siete se cumplen y sobre todo que es un agente primario al que debe evitarse los efectos criminógenos de la cárcel, corresponde variar la ejecución de la pena privativa de libertad.

2. BENEFICIOS PENITENCIARIOS

293

§293. Beneficios Penitenciarios. Aplicación de leyes de ejecución penal en el tiempo

Acuerdo Plenario	2-2015/CIJ-116.
Fecha	02 de octubre del 2015
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	San Martin Castro y Rodríguez Tineo.
Jueces Supremos	San Martín Castro, Villa Stein, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Loli Bonilla.
Disposiciones estudiadas	Art. XIII C.E.P.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	7° al 11° y 13° al 17°

RESUMEN:

Desde este enfoque, y en clave de favorabilidad, ***aquellos que han solicitado beneficios penitenciarios y se les ha denegado por aplicar criterios distintos a las Leyes número 30101 y 30332, citando a su vez como fundamento la vigencia de las Leyes número 30054, 30068, 30076, 30077 y 30362, en tanto en cuanto coliden con lo dispuesto en el presente Acuerdo Plenario, tienen expedito su derecho para volver a incoar el procedimiento penitenciario correspondiente****. Invocar, de parte del órgano jurisdiccional, el principio de preclusión o de cosa juzgada formal no es de recibo, por cuanto el principio constitucional de legalidad en la ejecución de las penas desarrollado legalmente por el artículo VI del Título Preliminar del Código Penal- se impone con armonía con la justicia material y seguridad jurídica en cuanto valores superiores del ordenamiento jurídico.*

FUNDAMENTOS:

12º. Recuérdese que las consecuencias de una relación jurídica, entendida, en palabras de Rubio Correa, como las diversas vinculaciones que existen entre dos o más situaciones jurídicas –atribuciones, derechos, deberes, obligaciones y calificaciones jurídicas que recibe una persona al adoptar un estatus determinado frente al derecho– interrelacionadas (así, por ejemplo, entre el penado y el Estado), son regidas desde la entrada en vigencia por la nueva ley. Es claro, además, que la situación o relación jurídica en sí misma –la condición de penado del interno, de un lado, y el régimen y el tratamiento penitenciario, que le corresponde constitucional y legalmente, de otro lado– no son alteradas por la norma; sino solo sus consecuencias *[RUBIO CORREA, MARCIAL: Aplicación de la norma jurídica en el tiempo, Segunda edición aumentada, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2013, p. 34]*. Desde esta perspectiva, las relaciones jurídicas penitenciarias se inician desde que el interno es condenado por sentencia firme –se rige por la ley vigente en ese momento–; luego, las consecuencias que de ellas se derivan, como regla básica del Ordenamiento, solo podrían ser alteradas o modificadas por la promulgación de una nueva norma jurídica. Salvo, claro está, en los supuestos de retroactividad benigna; lo que quiere decir, en este último supuesto, que si una norma de ejecución penal, penitenciaria concretamente, es promulgada con posterioridad, en un momento cualquiera, y resulta más beneficiosa para los internos-penados, esa norma se les aplica en lo que les beneficia –regulará situaciones del pasado, siempre que sea más conveniente–.

Sucesión de normas de ejecución penal en el tiempo. Factor de aplicación.

Criterio general. Normas penitenciarias

14º. Es pertinente insistir, como criterio general, que el Derecho de Ejecución Penal, en tanto sector del Ordenamiento Jurídico, vinculado siempre al sistema penal, está integrado, a diferencia de los otros dos sectores que lo conforman: penal material y procesal penal, por dos clases de normas: materiales y procesales, ya sea que determinen, como postula De La Oliva, el qué de la decisión –en el primer caso– o el sí y el cómo de ella –en el segundo caso– *[Derecho Procesal - Introducción, Segunda Edición, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2002, p. 118]*. Es indudable que si las normas modifican los presupuestos legales de los beneficios

penitenciarios: tiempo de privación efectiva de libertad para su concesión, requisitos básicos para su obtención y las reglas de excepción o de sus regímenes especiales, se estará ante normas materiales de ejecución penal. Los ámbitos aludidos, desde luego, no toman como referencia el proceso ni el conjunto de actos y hechos que lo componen, –que es el elemento o dato que define la eficacia temporal de la norma procesal *[Asencio Mellado, José María: Introducción al Derecho Procesal, Cuarta Edición, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2008, p. 27]* –.

15°. Es evidente, entonces, según se tiene expuesto, que ante la ausencia de una norma transitoria, que ha sido el caso de las leyes dictadas hasta antes de la dación de las leyes número 30101, de 2 de noviembre de 2013, y 30332, de 6 de junio de 2015-circunscriptas a las leyes que ellas mismas indican–, el *tempus regit actum* para leyes materiales de ejecución penal se entenderá, en cuanto factor temporal de aplicación –elemento o dato asumido como referencia–, el momento en que se inicia la ejecución material de la sanción, vale decir, cuando la sentencia condenatoria adquiere firmeza, salvo el criterio universal de favorabilidad en fase de ejecución material; y, para leyes procesales de ejecución penal, será el vigente al momento de la realización del acto procesal: solicitud del beneficio penitenciario – momento de nacimiento del proceso o, en su caso, incidente, de ejecución penal–.

Nuevas normas penitenciarias

18°. Afirmar legalmente, bajo la expedición de precisas normas transitorias, los cánones en que se definirá el factor de aplicación temporal de una específica ley penitenciaria –de competencia legítima del Congreso–, en nada afecta otra consideración jurídico-constitucional, esta vez referida a la retroactividad o a la ultra actividad benigna de toda ley de ejecución penal. Las normas mencionadas en los parágrafos 6° *in fine a* 8°, necesariamente, de efectuarse otras modificaciones con posterioridad a ellas más favorables al penado, imponen la aplicación de estas últimas normas.

19°. Desde este enfoque, y en clave de favorabilidad, aquellos que han solicitado beneficios penitenciarios y se les ha denegado por aplicar criterios distintos a las Leyes número 30101 y 30332, citando a su vez como fundamento la vigencia de las Leyes número 30054, 30068, 30076, 30077 y 30362, en tanto en cuanto coliden con lo dispuesto en el presente Acuerdo Plenario, tienen expedito su derecho para volver a incoar el procedimiento

penitenciario correspondiente. Invocar, de parte del órgano jurisdiccional, el principio de preclusión o de cosa juzgada formal no es de recibo, por cuanto el principio constitucional de legalidad en la ejecución de las penas desarrollado legalmente por el artículo VI del Título Preliminar del Código Penal- se impone con armonía con la justicia material y seguridad jurídica en cuanto valores superiores del ordenamiento jurídico.

Problemas en la aplicación temporal de las normas de ejecución penal

20°. Consta, obviamente, una diferencia entre el criterio general asumido: inicio de la ejecución material de la condena: fecha en que la sentencia condenatoria adquiere firmeza, y el criterio específico admitido en las leyes número 30101, de 2 de noviembre de 2013, y 30332, de 6 de junio de 2015: momento de la comisión del delito. Tal divergencia temporal entre la fecha en que se comete el delito y la fecha en que adquiere firmeza una sentencia condenatoria, da lugar a que durante ese lapso de tiempo se dicte una ley sobre la materia –si y solo si tal norma asume el criterio general, y no el de las dos normas ya mencionadas– que puede, según el caso, flexibilizar o endurecer los beneficios penitenciarios.

23°. Es pertinente aclarar que la "igualdad ante la ley" es un presupuesto indispensable para el ejercicio de los distintos y plurales derechos individuales, cuya exigencia de justicia obliga al Estado a evitar que el penado no sufra una discriminación. Sin embargo, no se trata de un derecho autónomo ni absoluto, en la medida que se encuentra conectado con los restantes derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales. Si bien la Constitución promueve el trato igualitario de todas las personas, no descarta la posibilidad de aplicar un tratamiento diferenciado a sujetos y situaciones de facto que se encuentren amparados en una misma hipótesis, siempre y cuando exista una razón objetiva, suficiente y clara que lo justifique. En el presente caso, si bien a futuro puede configurarse una regulación normativa distinta entre la población penitenciaria –los penados, específicamente– respecto del goce de los beneficios penitenciarios, legislación que, por lo demás, ha evolucionado en el transcurso del tiempo; el establecimiento de esa diferenciación jurídica persigue no solo una finalidad legítima, en orden al régimen y tratamiento penitenciarios –la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (artículo 139°.22 C.)–, sino también un reordenamiento de los beneficios penitenciarios, que permitan una administración más racional de los mismos.

294

§294. Beneficios penitenciarios, terrorismo y criminalidad organizada

Acuerdo Plenario	8-2011/CJ-116
Fecha	06 de diciembre de 2011
Procedencia	Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Ponentes	San Martín Castro y Prado Saldarriaga
Jueces Supremos	San Martín Castro, Villa Stein, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Neyra Flores, Villa Bonilla, Calderón Castillo y Santa María Morillo.
Disposiciones Estudiadas	Arts. 46°, 47°, 48° y 53° CEP.
Fundamentos Jurídicos Vinculantes	8° al 16°

RESUMEN:

*La **prohibición legal de concesión de beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional**, ha sido aceptada por el Tribunal Constitucional para el caso de **delitos de especial gravedad y trascendencia social**. En estos casos se incrementa la cuota diaria de trabajo o educación que debe acumular el condenado para generar el efecto de la redención. Estas medidas político criminales se reflejan en la Ley N° 28704, sobre delitos de violación de menores, Ley N° 29423, sobre delitos de terrorismo y la Ley N° 29604, sobre reincidencia y habitualidad.*

Los beneficios penitenciarios –de conformidad con lo señalado en la Circular N° 297-2011-P-PJ- no son derechos del condenado, sino parte del régimen penitenciario progresivo que rige en nuestro país, y para su concesión es necesaria la concurrencia de requisitos objetivos y subjetivos. Entre estos últimos destaca la prognosis favorable de conducta futura, que excluya el riesgo de reiteración delictiva. La información contenida en el expediente administrativo del condenado no es vinculante para el juez; si concediera el beneficio deberá señalar las reglas de conducta que deberá

acatar el condenado durante el periodo restante de la pena impuesta que cumplirá en libertad. Excepcionalmente el juez puede conceder permisos de salida al extranjero por estancias cortas justificadas, cuando éste se encuentre en el régimen de liberación condicional.

***La prohibición de beneficios penitenciarios se rige por el principio de reserva de la ley**, del mismo modo que cualquier modificación a la regulación de estos beneficios Las normas que tratan sobre éstos, son de derecho material, por lo que esta institución deberá regirse por la ley vigente al momento del inicio de la ejecución material de la sanción penal –a partir de sentencia firme condenatoria-, salvo casos de aplicación en favor del reo. Las reglas de aplicación temporal establecidas por el Tribunal Constitucional a través de la Sentencia recaída en el expediente N° 2198-2009-PHC/TC-UCAYALI, del 31 de agosto del 2009, rigen sólo para las normas de ejecución penal de carácter procesal, para las cuales es válido el principio de aplicación inmediata –tempus regit actum-, bajo cuyo amparo será de aplicación la ley de carácter procesal (de ejecución penal) vigente al momento de la solicitud del beneficio penitenciario.*

FUNDAMENTOS:

"**Antecedentes:**

6°. El desarrollo de modalidades violentas y graves de criminalidad organizada ha generado decisiones sucesivas de sobrecriminalización de determinados delitos. Éstas han incluido la prohibición legal de concesión de beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional. Cabe recordar que esta prohibición ha sido tolerada por el Tribunal Constitucional, en la medida que se trate de delitos de especial gravedad y trascendencia social, con lo que -es pertinente anotar en clave de principios- se pone un mayor acento, ciertamente opinable, en la prevención general respecto de la prevención especial –en la que contemporáneamente prima la idea de la reinserción social y constituye un mandamiento del Constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, aunque sin desconocer el principio de prevención general, dentro de los límites compatibles con el principio de proporcionalidad-, de relevante configuración y eje rector del principio preventivo especial que guía la ejecución de las penas privativas de libertad, y que propende a una ejecución no desocializadora de las mismas –esto es lo que se ha denominado "concepto constructivo de ejecución de sentencias penales"-.

Asimismo, en relación con la redención de penas por el trabajo y la educación, tales decisiones de política criminal, que intensifican la sanción de un hecho punible, se han expresado a través de incrementos porcentuales de la cuota diaria de trabajo o educación que debe acumular el condenado para generar el efecto redentivo sobre la pena privativa de libertad en ejecución.

Ejemplo de esta opción político criminal las siguientes Leyes:

A. Ley N° 28704, sobre delitos de violación de menores;

B. Ley N° 29423, que derogó el Decreto Legislativo N° 927 que regula la ejecución penal en materia de terrorismo -el artículo 2° de dicha Ley establece que los condenados por delitos de terrorismo y/o traición a la patria no podrán acogerse a los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, la semilibertad y la liberación condicional-;

C. La Ley N° 29604, que modificó los artículos 46°-A y 46°-B del Código Penal sobre reincidencia y habitualidad.

Igualmente son de considerar en esa misma línea los regímenes especiales que considera el propio Código de Ejecución Penal en sus artículos 46°, 47°, 48° y 53°.

7°. Ahora bien, lo sucesivo, parcial y disperso de prescripciones legales de tales características, ha generado problemas hermenéuticos y una pluralidad de enfoques en la doctrina y en la praxis jurisdiccional sobre sus presupuestos, requisitos y límites [GERMÁN SMALL ARANA: *Beneficios Penitenciarios en el Perú*. En: Código de Ejecución Penal, Edición Oficial, Ministerio de Justicia, Lima, 2010, p. 511]. Por tanto, es oportuno plantear criterios vinculantes que posibiliten un tratamiento homogéneo y predecible en torno a la concesión de beneficios penitenciarios en delitos de terrorismo y de criminalidad organizada, de tal suerte que "... *la interpretación de las normas aplicables debe hacerse compatible con todos aquellos fines, permitiendo la máxima eficacia de reinserción del penado en la sociedad, y también el mayor efecto de la pena impuesta en relación con los fines de prevención general y especial, no compatibles con aquella*" [Sentencia del Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal, Sección Primera, N° 1076/2009, del 29 de octubre de 2009].

Criterios Generales para la concesión de Beneficios Penitenciarios en Delitos de Terrorismo y Criminalidad Organizada:

8°. En primer lugar, corresponde ratificar las reglas señaladas en la Circular aprobada por la Presidencia del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 297-2011-P-PJ; fundamentalmente en cuanto se precisa que los beneficios penitenciarios no son derechos del condenado, sino parte del régimen penitenciario que corresponde a un modelo de tratamiento progresivo técnico en su etapa de prueba -estación previa a la excarcelación definitiva por cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta-. En su propia configuración confluyen, como es obvio, requisitos objetivos fácilmente determinables, tales como el transcurso de una determinada parte de condena, junto a otros requisitos subjetivos de carácter altamente indeterminado, como la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social. Sólo desde esta perspectiva –de ahí su naturaleza mixta- puede inferirse que los beneficios penitenciarios son derechos subjetivos condicionados del penado, en el que el rol del Juez es central, quien goza de un poder discrecional para modularlos en el caso concreto, en especial, el entendimiento y aplicación de los requisitos subjetivos.

El juicio de probabilidad que se exige una es dosis de prudencia y un análisis de tal intensidad que conduzca con seriedad a una convicción razonable de no reiteración delictiva: lo que se debe estudiar, a no dudarlo, es la posibilidad de colocar a un sujeto en libertad, y no la posibilidad de que continúe en un establecimiento penal.

Así las cosas, su concesión es una facultad legal exclusiva del órgano jurisdiccional competente, que exige la verificación de concretos y específicos requisitos legales, los cuales, entre otros, aluden a periodos de cumplimiento efectivo de las penas impuestas, y buena conducta –que tiene un tinte fundamentalmente de regimental y no de tratamiento, puesto que se equipara en la práctica con la ausencia de partes y sanciones disciplinarias [PILAR PEITEADO MARISCAL: *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas de libertad*, Edersa, Madrid, 2000, p. 591]-, así como una prognosis favorable de conducta futura. Éste último requisito se conecta más con la personalidad del individuo y su evolución y comportamiento que con las circunstancias materiales en que se va a desenvolver la vida en libertad, ya que éstas, por su estancia en prisión no suelen variar, y lo que único que el penado puede variar es su propio

comportamiento mediante la asunción de pautas vitales que le lleven al convencimiento de vivir en libertad sin quebrantar las normas penales [SÁNCHEZ YLLERA. *Comentario al artículo 82° del Código Penal.* En: AAVV: Comentarios al Código Penal de 1995, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996].

Esta última demanda del juez requiere de un pronóstico razonado y justificado de probabilidades significativas de que el potencial beneficiario no incurrirá en nuevas conductas delictivas luego de producida su excarcelación condicionada. La personalidad del penado es fundamental, pues es diferente un delincuente por convicción –caso del terrorista-, un delincuente integrado a una organización criminal, un delincuente de carrera delictiva, un delincuente sexual, un delincuente ocasional o, entre otros, un delincuente pasional o con serias perturbaciones derivadas de la ingesta de drogas o alcohol.

En el caso del delincuente por convicción integrado a organizaciones armadas delictivas es vital tener por acreditado con absoluta claridad su disociación de aquéllas, su sincero apartamiento de toda convicción antidemocrática que opte por el camino de la violencia y la vulneración de bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento, su visible recusación a su pasado delictivo y la aceptación genuina de la ilegitimidad de la conducta que lo llevó a un establecimiento penal.

9°. En segundo lugar, es también relevante asumir que la documentación sustentatoria de la solicitud permite al Juez verificar la legitimidad y oportunidad del pedido, pero no limita su espacio valorativo y discrecional –jurídicamente vinculado- para la concesión del beneficio penitenciario requerido. En consecuencia, la autoridad jurisdiccional puede estimar validable la información suministrada o complementarla con otros medios de prueba –pericias incluidas- útiles para identificar nuevos indicadores que hagan posible sustentar de modo suficiente la prognosis favorable de conducta futura: se trata de un incidente de ejecución penal y, como tal, la decisión jurisdiccional ha de tomar en cuenta la información contenida en el expediente administrativo, pero ésta no es definitiva y, menos, la opinión de la autoridad administrativa. Es más, el órgano jurisdiccional puede desarrollar en la audiencia correspondiente líneas de entrevista que en base a la inmediación con el interno solicitante y su relación con la evidencia acopiada le resulten idóneas para emitir una mejor decisión en torno a la concesión o no del beneficio peticionado.

10°. En tercer lugar, el órgano jurisdiccional debe prestar especial atención al señalamiento de las reglas de conducta que imponga al beneficiario. La semilibertad y la liberación condicional, por cierto, no trasmite la idea de que por ello no se cumple íntegra o efectivamente la pena impuesta, ésta sencillamente se cumple pero en condiciones de libertad y sujeta a controles [CARLOS GARCÍA VALDEZ: *Sobre la Libertad Condicional: dos o tres propuestas de reforma*. En: AAVV, La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, p.1071].

Las reglas de conducta han de ser precisas y coherentes con las necesidades de comprobación de la prognosis favorable de conducta futura -régimen de prueba-, así como con el control externo y efectivo del penado durante el cumplimiento en libertad del periodo restante de la pena impuesta -liberación condicional- o de la práctica real de las rutinas laborales o educativas acordadas con el beneficio -semilibertad-.

Dado que aún en el país es limitada la aplicación de cintillos electrónicos de localización de los penados beneficiarios o de otros medios que brinda la tecnología de la información y comunicaciones, para la definición con claridad de las reglas de conducta y de las obligaciones de control, derivadas o conexas a éstas, que deben cumplir tanto el beneficiado como las autoridades que resulten incluidas en ellas, es importantísima la adecuada diligencia del Juez en este dominio. Esta actitud funcional debe incluso trasladarse a las resoluciones estimativas de pedidos de beneficios penitenciarios que impliquen excarcelación transitoria o condicionada, especialmente si comprenden a autores o partícipes de delitos graves o sensibles a la seguridad ciudadana.

11°. Cabe señalar que en determinados casos el artículo 53° del Código de Ejecución Penal exige para la concesión de beneficios penitenciarios que, además, el solicitante haya cubierto la reparación civil o asegurado de modo formal su futuro cumplimiento.

Liberación Condicional y Permisos Especiales para estancias en el extranjero:

12°. De inicio es pertinente destacar que la actual legislación no dispone un arraigo absoluto del penado que accede a un beneficio penitenciario de liberación condicional; ni prohíbe de plano un permiso que puede implicar una precisa y circunscrita estancia del penado en el extranjero. Por tanto, excepcionalmente, el Juez tiene la potestad –ciertamente limitada, sujeta a una prognosis de no huida y de factibilidad del control

en el extranjero- de conceder autorizaciones que impliquen traslados o estancias cortas plenamente justificadas en otro país del condenado en régimen de liberación condicional –tratamiento médico urgente, fallecimiento de parientes cercanos, etcétera-. De igual manera cuando se acoge al cumplimiento de condenas en el país de origen o de anterior residencia legal, si el Tratado respectivo lo permite.

En estos casos, ciertamente extraordinarios, el Juez, luego de evaluar lo razonable, justificado e inaplazable del motivo del viaje al exterior, deberá:

a) promover y activar procedimientos de cooperación judicial internacional en materia penal -en aplicación de convenios internacionales o de compromisos de reciprocidad claramente existentes o firmemente aceptados- que posibiliten el control en el país extranjero de destino del cumplimiento de las principales reglas impuestas al beneficiado en la resolución de concesión del beneficio (reportarse periódicamente a la autoridad);

b) requerir la aceptación y, luego, el pleno auxilio de las autoridades extranjeras para la aplicación de medidas de verificación o localización física que impidan un quebrantamiento de la condena que viene efectuándose con régimen de liberación condicional: vigilancia personal o electrónica.

Resulta necesario y recomendable que los Jueces agoten estos trámites de cooperación internacional antes de acceder a solicitudes de viaje al extranjero planteadas por condenados en régimen de liberación condicional; y que, además, destaquen con nitidez la obligación de los beneficiados de reportarse y quedar bajo supervisión de las autoridades extranjeras que resulten competentes.

13°. Ahora bien, si el condenado beneficiario de liberación condicional, a quien se autorizó a salir del país, no retornara injustificadamente al Perú en el término acordado por el Juez, o de manera contumaz no se sometiera a los controles dispuestos por la autoridad competente del país de destino, se asumirá que está quebrantando su condena con lo cual perdería el régimen de libertad condicional concedido, adquiriendo la condición de prófugo de la justicia y habilitando la inmediata incoación de un procedimiento extradicional activo en su contra. El juez deberá, pues,

hacer constar en la resolución autorizativa, a modo de apercibimiento, estas condiciones y efectos[200].

Sucesión de Leyes sobre concesión de Beneficios Penitenciarios:

14°. La prohibición de beneficios penitenciarios se rige por el principio de legalidad, en especial la reserva de ley que exige para su legitimidad constitucional la expedición normas penales –materiales, procesales y de ejecución- con rango de ley, que han de regir la actividad de ejecución penal, y que por razones obvias exige control jurisdiccional. En tal virtud, sólo la ley puede indicar de manera expresa e inequívoca qué casos, en relación al tipo de hecho punible perpetrado –delitos graves específicos- o a la calidades del autor o partícipe del delito -reincidencia o habitualidad-, están excluidos de modo absoluto del acceso a beneficios penitenciarios de redención de penas por el trabajo o la educación, semilibertad o liberación condicional, así como las disposiciones fundamentales que determinan el procedimiento que debe regir su tramitación.

15°. Igualmente, corresponde en exclusividad a una norma legal taxativa identificar las variantes que se aplicaran para el régimen especial de redención de penas por el trabajo y la educación, respecto de las cuotas diarias requeridas para la redención proporcional de la pena en cumplimiento[201].

Ambas clases de normas de ejecución penitenciaria, sin duda, tienen un carácter material. La doctrina ha deslindado cuándo se está ante una norma material y cuándo ante una norma procesal. Las normas que se pronuncian sobre el alcance y requisitos objetivos y subjetivos de un beneficio penitenciario, "*...al determinar el contenido de la decisión jurisdiccional, la estimación o desestimación de la pretensión ejercitada...*", sin duda son materiales. Ahora bien, más allá del enfoque referido a la

---

[200] Encontrándose en su etapa de redacción final el presente Acuerdo Plenario se ha promulgado la Ley N° 29833, publicada el 21 de enero de 2012 en el Diario Oficial El Peruano. Por consiguiente, los criterios y alcances expuestos en los Fundamentos Jurídicos 12° y 13° deben ser aplicados razonablemente en concordancia con las prohibiciones y restricciones señaladas por la citada Ley y las demás valoraciones expuestas en este Acuerdo Plenario.

[201] Encontrándose en su etapa de redacción final el presente Acuerdo Plenario se ha aprobado y publicado el Decreto Supremo N° 003-212-JUS, del 23 de enero de 2012, que modifica el artículo 210° del Reglamento del Código de Ejecución Penal, en torno al procedimiento para la eficacia del periodo de pena redimido por el trabajo y la educación en el cumplimiento total de las penas impuestas en delitos graves. Por consiguiente, tal modificación debe tenerse en cuenta, en lo pertinente, para la aplicación de lo establecido en los Fundamentos Jurídicos 14° y 15°.

propia decisión jurisdiccional, dichas normas desde la perspectiva de su ámbito de aplicación, "*...al delimitar acabadamente a conducta la conducta de los sujetos jurídicos fuera del proceso –reconociéndoles derechos y fijando reglas que definen su actuación ulterior-*", permiten reiterar su evidente su naturaleza material [JUAN MONTERO AROCA. *Derecho Jurisdiccional I Parte General*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 482].

La conclusión que se deriva de lo expuesto es, a no dudarlo, trascendente. El factor temporal de aplicación, desde luego, no será el mismo que si se tratase de una norma procesal de ejecución, atento a su diferente naturaleza jurídica. ¿Cuál es, entonces, el hecho o acto jurídico material que la determina? La institución debe regirse por la ley vigente al momento en que se inicia la ejecución material de la sanción penal, esto es, cuando queda firme la sentencia que impuso la sanción penal, salvo criterios universales de favorabilidad en la fase de ejecución material de la sanción privativa de libertad.

En suma, se hace mención, no a la fecha de comisión del delito sino a la del inicio de la ejecución material de la sanción penal, que en términos procesales se objetiva en la fecha en que la sentencia adquiere firmeza. Materialmente la ejecución empieza o se inicia técnicamente en ese momento. Atento al principio diferencial, la finalidad del preso preventivo es la retención y custodia, no así el tratamiento penitenciario, propio de los penados, que desde un concepto amplio comporta aquella actividad destinada a suplir aquellas carencias con las que el interno ha entrado en el Establecimiento Penal [JAVIER NISTAL BURÓN: *El régimen penitenciario: diferencias por su objeto. La retención y custodia/la reeducación y reinserción*. En: Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Madrid, p. 9-10]. Por tanto, por razones de justicia material y de estabilidad o seguridad jurídica, debe estarse a esa circunstancia.

Debe quedar en claro que las normas en materia penitenciaria afectan de manera directa al derecho fundamental de la libertad y a la dignidad del individuo. Así las cosas, la pena impuesta en la sentencia debe entenderse como una situación jurídica acabada de la que no pueden quedar al margen las reglas para su concreta ejecución. Una nueva Ley no puede anudar efectos a situaciones producidas y consolidadas con anterioridad a ella [CARMEN JUANATEY DORADO: *La Ley de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penales, y los principios constitucionales del Derecho Penal*. En: Estudios Monográficos. Editorial La Ley, p. 28-29].

En el fondo de este planteamiento subyace la opción de la doctrina mayoritaria que afirma la autonomía del Derecho de Ejecución Penal, pues presenta peculiaridades que le son propias y que impiden su inclusión en el Derecho penal material y en el Derecho procesal penal –como el protagonismo de la Administración penitenciaria en la ejecución penal y las peculiaridades del Juez en la ejecución de las sanciones penales-, sin que ello signifique la íntima conexión con ambos derechos –que JESCHECK ha entendido como los tres pilares del Derecho Penal- [CARMEN JUANATEY DORADO: *Manual de Derecho Penitenciario*, Iustel, Madrid, 2011, p. 20][202].

16°. Por lo demás, cabe recordar que reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2198-2009-PHC/TC- UCAYALI, del 31 de agosto de 2009, Asunto Darío Rojas Rodríguez) ha deslindado ya que será de aplicación, en caso de sucesión de leyes en el tiempo, el. Tal decisión, como es evidente, sólo rige para las leyes procesales de ejecución –la doctrina procesalista, en este punto, es conteste-, que están sujetas al principio de aplicación inmediata y al *tempus regit actum*, y en las que, por sobre todo, el factor temporal de aplicación –el *dies a quo*- será la ley procesal vigente al momento de realización del acto procesal: petición del beneficio penitenciario. En consecuencia, cuando el pedido fuera formulado por el interno o se encuentre en trámite con anterioridad a la vigencia de una nueva ley, se deberá mantener con eficacia ultractiva el régimen procesal correspondiente, salvo supuestos de clara favorabilidad que incida en una tramitación más acorde con los derechos procesales y los principios del proceso penal de ejecución.

Cabe insistir que esta concepción diferenciadora asume desde la ciencia integral del Derecho penal las nociones de merecimiento de pena, que están radicadas en criterios que determinan el marco de la sanción penal, y de necesidad social de penas, que constituye el criterio sustancial para las reacciones estatales post delito." (Sic.)

---

[202] El Derecho de Ejecución Penal, como insiste FRANCESCO SIRACUSA, es el conjunto de normas, que integra el Derecho Público, que regulan la relación jurídica punitivo-ejecutiva [En: ABEL TELLEZ AGUILERA: Novelli y su tiempo. Una aproximación a los orígenes y al concepto del Derecho penitenciario. Revista de Estudios Penitenciarios, Número 255/2011, Madrid, p. 28]. Por su parte GIOVANNI NOVELLI lo definió como "el conjunto de normas jurídicas que regula la ejecución de las penas y medidas de seguridad, a comenzar desde el momento en que se convierte en ejecutivo el título que legitima la ejecución" (subrayado nuestro). [En: ALEJANDRO SOLÍS ESPINOZA: Política penal y Política Penitenciaria. Cuaderno Número 8. PUCP. Septiembre 2008, p. 4].

Este Libro se imprimió en los talleres gráficos
Servicios Gráficos JMD S.R.L.
Situado en Av. José Gálvez 1549, Lince, Lima
RUC 20264755469
Noviembre, 2019